

171











230



LA

LEX MALACITANA



---

Extrait de la *Revue historique de Droit français et étranger*  
(années 1866 et 1867).

---

---

Paris. — Typographie HENNUYER et FILS, rue du Boulevard, 7.



LA  
**LEX MALACITANA**

POUR FAIRE SUITE AUX

**TABLES DE SALPENSA ET DE MALAGA**

PAR

**M. CH. GIRAUD**

MEMBRE DE L'INSTITUT



---

**PARIS**

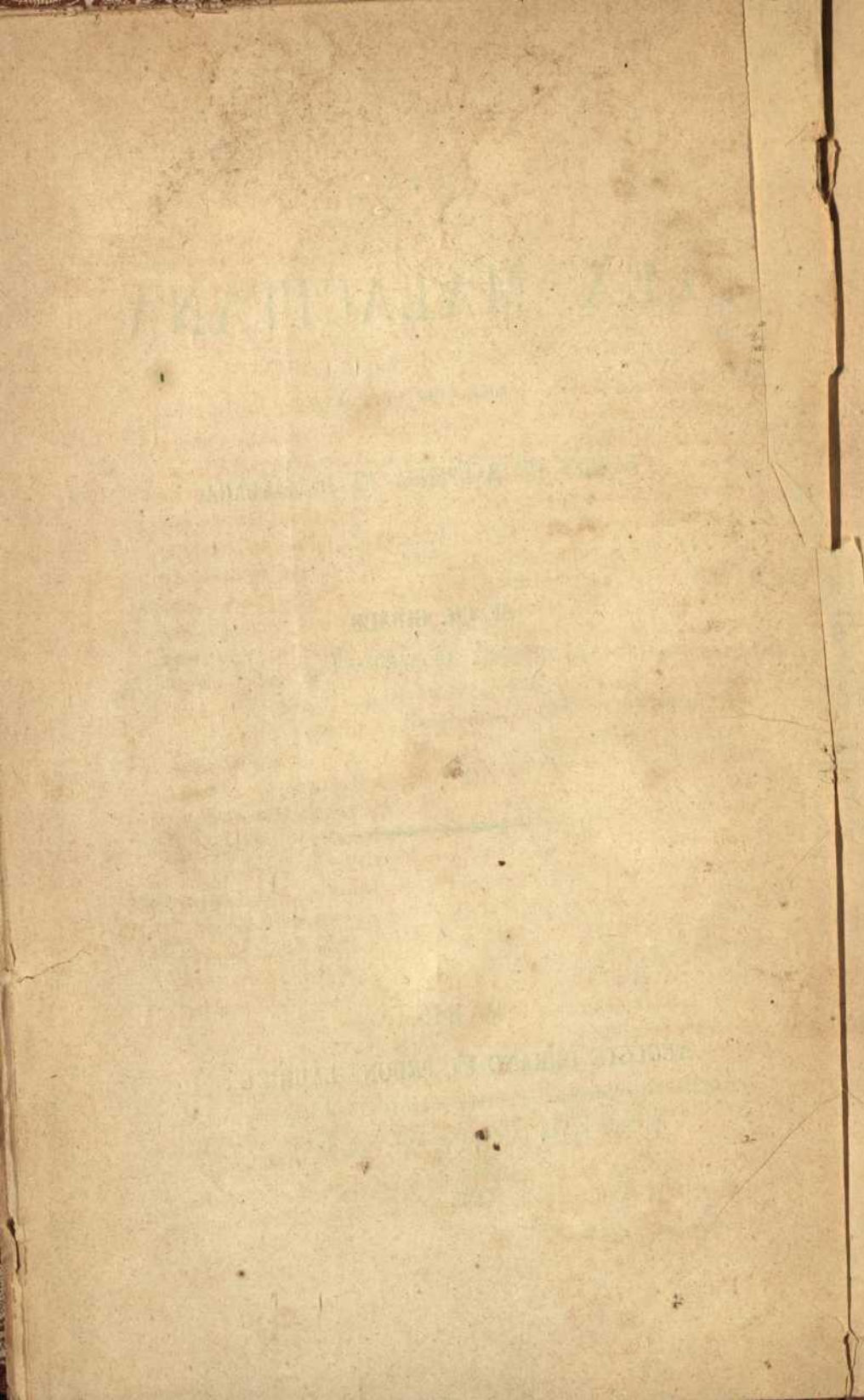
**AUGUSTE DURAND ET PEDONE-LAURIEL**

LIBRAIRES DE LA BIBLIOTHÈQUE DE LA COUR IMPÉRIALE ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

**9, RUE CUJAS (ANCIENNE RUE DES GRÈS)**

—  
**1868**





## LA LEX MALACITANA

---

Je croyais en avoir fini avec les *Tables de Malaga*, et quoique mes explications fussent restées incomplètes, ma tâche n'en paraissait pas moins accomplie, en ce qui touche la preuve de l'authenticité de ces monuments épigraphiques. L'ennui de poursuivre avec mon savant ami une querelle devenue inutile, par l'assentiment universel du public érudit aux conclusions principales de ma polémique, m'avait facilement décidé à me retirer d'une bataille où je ne trouvais plus d'adversaire. Mais l'unanime adhésion des hommes les plus autorisés d'Italie, d'Allemagne, de France et des Pays-Bas, cette adhésion qui m'avait imposé la clôture du débat, est aujourd'hui rompue par un ingénieux *privat docent* de l'université de Heidelberg, M. Asher, qui hardiment reprend la thèse, depuis dix ans abandonnée, de la fausseté des bronzes célèbres dont il s'agit, avec cette nouveauté piquante et inattendue qui distingue son système, à savoir : que le faussaire aurait substitué des inscriptions apocryphes à d'anciennes et véritables lois municipales de la *Respublica Malacitana*, qu'il aurait détruites après les avoir falsifiées au gré de son caprice. M. Asher peut même affirmer, *avec quelque certitude*, que les *Tables* actuelles ont été fabriquées entre 1530 et 1570. Une supposition, à la fois si précise et si extraordinaire, n'a cependant d'autre garantie que l'intuition scientifique de son auteur ; mais quelque habile qu'elle soit, M. Asher me permettra de lui confesser mon incrédulité. D'un tel roman épigraphique l'invraisemblance saute aux yeux, du moins aux miens ; et de la moindre preuve qui la soutienne, je n'aperçois pas l'ombre pour le lecteur étonné d'une assertion si hardie.

Impénitent que je suis donc, je reprendrai avec une confiance nouvelle, confirmée par la réflexion, par des suffrages imposants, par l'impuissance même du système étrange de M. Asher, la démonstration développée de l'authenticité des inscriptions ma-



lakitaines, en restreignant cependant, désormais, la discussion à la Table de Malaga; car, d'un côté, aucune partie de commentaire spécial que j'ai donné de la Table de Salpensa, ne me semble ébranlée; et, d'autre part, entre ces deux grandes inscriptions espagnoles, celle qui contient un fragment de l'ancienne loi municipale de Malaga, sous la domination romaine, mérite surtout d'attirer l'attention des érudits, par son étendue considérable et par les révélations qu'elle apporte à la science épigraphique, autant que par les documents qu'elle ajoute à l'histoire d'une époque encore imparfaitement connue. Depuis que j'ai publié, après M. Mommsen, promoteur principal du litige et premier champion de cette cause<sup>1</sup>, mes *Tables de Salpensa et de Malaga* (Paris, 1856, in-8°), plusieurs savants, entre autres M. Zell<sup>2</sup>, M. Henzen<sup>3</sup> et M. Van Lier<sup>4</sup>, ont reproduit le texte, et même la représentation exacte des deux inscriptions malacitaines. Un généreux citoyen de Malaga, M. Loring, a même fait les frais de la reproduction *fac-simile* des deux bronzes, sur papier fabriqué tout exprès. Un exemplaire en a été offert par lui à notre Académie des inscriptions, et les curieux peuvent le voir à la bibliothèque de l'Institut. De l'autre exemplaire, dont une courtoise politesse a daigné me gratifier, je n'ai cru pouvoir faire un meilleur usage que de le déposer à la bibliothèque de l'École normale supérieure de Paris.

Le fragment retrouvé de la Table de Malaga ne commence qu'à l'article 51 de la loi, et il finit au milieu de l'article 69. On peut présumer que la loi entière était gravée sur cinq Tables d'une dimension égale à celle du bronze subsistant, c'est-à-dire que trois Tables précédaient celle qui nous est parvenue, et qu'une autre au moins lui faisait suite. Mais, telle qu'elle est, la partie qui nous reste n'en est pas moins d'un intérêt immense au point de vue de l'histoire des municipes sous l'Empire, comme

<sup>1</sup> Voir Mommsen, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, etc. Leipsick, 1855, in-8; et une notice judicieuse de M. Molinier, dans le tome V du *Recueil de l'Académie de législation*, de Toulouse, 1856.

<sup>2</sup> Appendice à son *Handbuch der römischen Epigraphik*, Heidelberg, 1857.

<sup>3</sup> Dans son *Supplément à la collection d'Orelli*, Zurich, 1856, p. 524 et suiv. C'est le meilleur texte à consulter.

<sup>4</sup> *De inscriptionibus Salpensana et Malacitana, Traj. ad Rhen.*, 1865. In-8. Je ne puis omettre les *Studia romana* de M. Zumpt, Berlin, 1859, in-8; ni les observations de M. Rudorff, que je citerai plus tard.



au point de vue de l'archéologie épigraphique. Elle se compose de trois cent cinquante lignes, gravées en cinq colonnes sur une table de cuivre ajustée dans un cadre de même métal, à rainure saillante, ce qui est une particularité remarquable. Le tout mesure 1<sup>m</sup>,56 de largeur sur 1<sup>m</sup>,09 de hauteur. La composition d'une inscription de cette importance, au seizième siècle, par un faussaire, qui aurait dû être le plus érudit antiquaire de tous les temps, et qui n'en aurait tiré d'autre satisfaction que de faire enfouir son œuvre, pour trois cents ans, au dire de M. Asher lui-même; les difficultés de l'exécution matérielle du monument, et les frais en pure perte qu'elle aurait coûté, font repousser par le bon sens l'hypothèse d'une fabrication moderne de la *lex Malacitana*, surtout en compagnie de la *lex Salpensana* qui évidemment a la même origine, authentique ou apocryphe.

La date de la *lex Malacitana* est facile à déterminer, d'après la formule du serment prescrit, par l'article 59, aux officiers municipaux nouvellement élus; dans laquelle formule se trouvent rappelés les noms des empereurs romains défunts, jusques et y compris Titus, ensemble le nom de l'empereur actuellement régnant, Domitien : *imperatoris Cæsaris Domitiani Augusti*. A la vérité, du mot *Domitiani*, on n'a laissé subsister que le D initial et la syllabe finale *ni*; le reste a été effacé à l'aide du poinçon, mais on y peut distinguer encore les linéaments des lettres intermédiaires : *omitia*. Or, Domitien a été proclamé empereur en septembre 81 de l'ère chrétienne, et il a été égorgé en septembre 96. On peut remarquer encore que notre inscription ne donne point à Domitien le titre de *Germanicus*, qui lui est généralement attribué à partir de l'an 84, date de sa campagne victorieuse en Germanie <sup>1</sup>. D'où l'on peut conclure d'abord que l'acte est postérieur à l'an 81, surtout si l'on tient compte du trait de temps qu'a dû emporter l'exécution de l'édit préalable que l'on voit indiqué à l'article 23 de la loi de Salpensa, et qui a dû exister aussi pour la loi de Malaga. Il s'ensuit, de plus, que l'inscription est antérieure à l'an 84, et qu'elle était exposée publiquement en l'an 96, lorsque fut exécuté, après la mort de Domitien, le décret du sénat qui ordonnait la suppression du nom de cet empereur sur les monuments publics où il était

<sup>1</sup> Voir Eckhel, t. VI, p. 379 et 396; et Orelli, t. I, n° 766 et suiv.



gravé. Il se présente à cette occasion une preuve convaincante, à mon avis, de la sincérité des deux bronzes de Malaga. En effet, sur celui de la loi de Salpensa, le nom de Domitien n'a point été martelé, ce qu'on peut expliquer par cette supposition, que derrière les montagnes de la Sierra, le décret du sénat contre la mémoire de Domitien, aimée dans la Bétique, n'avait pas été exécuté<sup>1</sup>, et que le bronze de Salpensa n'a été transporté que plus tard à Malaga, lorsque les colères politiques dirigées contre Domitien étaient apaisées. Mais, à coup sûr, si les deux bronzes étaient de fabrique moderne, le faussaire n'aurait pas oublié de supprimer le nom de Domitien sur la Table de Salpensa, comme il le supprimait sur la Table particulière de Malaga.

D'après le témoignage du monument lui-même, qui presque à tous les chapitres reproduit les mots : *hac lege, hanc legem*, on ne saurait douter que l'acte dont il s'agit ne fût une *Lex*. Mais de quelle espèce de *Lex* est-il question ? Évidemment ce ne peut être d'une *lex publica populi romani*. On sait que le pouvoir législatif des comices fut mis à l'écart sous Tibère : *e campo comitia ad patres translata sunt*, et les vellétés rétrospectives de l'empereur Claude n'ont relevé que pour un intervalle très-court les vieilles formes républicaines : la place a été prise désormais par les sénatus-consultes et par les constitutions impériales. Nous n'avons cependant ici ni une constitution de Domitien : il suffit de lire pour s'en convaincre<sup>2</sup>; ni un décret du sénat, qui n'emprunta jamais le nom de *Lex* pour en couvrir les actes de son autorité. Le mot *Lex* conserva, sous l'Empire, les acceptions variées que l'usage ancien du temps de la république avait consacrées<sup>3</sup>, et la dénomination de *lex municipii*, pour désigner la coutume, le statut d'une commune, la règle politique ou civile d'un municipe, est une des locutions qu'on trouve le plus fréquemment usitées. Les règlements des corporations s'appelaient aussi *lex collegii* : je ne citerai pour exemple que la grande inscription de Lanuvium, découverte en 1816<sup>4</sup>. Le bronze de Malaga est donc un

<sup>1</sup> On s'était abstenu de cette abrasion en d'autres lieux. Orelli, n° 767.

<sup>2</sup> Dans la Table de Salpensa, on distingue l'*edictum* de la *lex municipii*.

<sup>3</sup> Voir Zell, *Handb. der röm. Epigr.*, I, n° 362; et mes *Tables de Salpensa et de Malaga*, p. 32 et suiv.

<sup>4</sup> Voir Zell, *loc. cit.*, n° 382; Henzen, *Suppl. Orell.*, n° 6086; Mommsen, *De colleg. et sodalit. rom.*, Kil., 1843. In-8.



fragment de loi municipale, du genre des statuts locaux dont il est si souvent parlé dans les écrits des jurisconsultes et des *agrimensores*. De quelle autorité notre loi était-elle émanée ?

Sous la république, le soin ou le droit d'en octroyer de semblables était dans les attributions ordinaires des proconsuls, des préteurs provinciaux ou des commandants militaires. C'est en vertu de pouvoirs de ce genre que fut donné, à Capoue, un statut municipal dont parle Tite-Live, et que Pompée régla les coutumes des villes de Bithynie. Pline le Jeune fait mention de cette *lex Pompeia* ; Cicéron indique une *lex Rupilia*, provenant de source pareille, dans la Sicile ; et les inscriptions témoignent de la mission analogue que remplit T. Q. Flamininus, en Macédoine <sup>1</sup>. On ne pourrait comprendre des lois municipales spécialement et directement émanées des comices de Rome, sous la république : un tel procédé eût été contraire aux usages délibératifs et administratifs du peuple romain ; et la Table d'Héraclée ne saurait être citée comme preuve du contraire, puisqu'il est parfaitement admis aujourd'hui qu'elle n'est qu'une parcelle de loi générale. Le plébiscite des *Thermenses* <sup>2</sup> n'a d'autre objet que de sanctionner l'alliance amicale de ces derniers avec les Romains, et de garantir leur indépendance. Ces *leges municipales*, rédigées par des commissaires ou par des magistrats locaux, pouvaient sans doute, en quelques cas, être soumises à l'approbation du sénat romain, auquel appartenait la direction supérieure de l'administration de l'*orbis romanus* ; bien entendu que si ces *leges* consacraient une participation au droit de cité romaine, une délibération antérieure ou subséquente du pouvoir souverain, à ce sujet, était nécessaire. Mais, en général, c'était dans le mandat légal de l'*imperator*, ou dans l'autorisation du *collegium*, ou dans le traité (*foedus*) passé avec le peuple ou la cité, que se trouvaient les principes et les conditions premières du statut municipal. La rédaction était ensuite arrêtée, dans le municipe même, sur ces bases préalables, et souvent une approbation dernière était donnée, ou par le gouverneur de la province, ou par le sénat romain lui-même. Ce qui s'est passé dans les

<sup>1</sup> Voir Boeckh, *Corp. inscr. græc.*, n° 1770 ; et A. de Jongh, *De T. Quinct. Flaminio*, p. 109 et 157 (Utrecht, 1843. In-8).

<sup>2</sup> Voir Orelli, *Coll. inscript.*, n° 3673 ; et Haubold, *Mon. legal.*, p. 134.



circonstances parvenues à notre connaissance, et l'inscription de Lanuvium en particulier, justifient ce que j'avance.

Sous l'Empire, lorsque les empereurs eurent concentré dans leurs mains l'ancienne souveraineté populaire, ils donnèrent à leurs *legati* des mandats pareils à ceux qu'avaient reçus jadis L. Furius pour Capoue, Rupilius pour certains cantons de la Sicile, Flamininus pour la Macédoine, et Pompée pour les villes de l'Asie Mineure; et de ces *legati* émanèrent quelquefois des règlements municipaux. Ce qui n'empêchait pas les empereurs d'octroyer directement, sur le rapport des gouverneurs, des privilèges spéciaux à certains municipes. Sylla, dictateur, l'avait déjà fait pour Pouzzoles; Galba le fit pour Digne<sup>1</sup>; un autre empereur pour *Concordia*; Vespasien pour les *Vanacini*. Les *agrimensores* citent souvent le *municipii privilegium*<sup>2</sup>. Mais nous voyons, dans Pline le Jeune, que Messius Maximus fut envoyé dans la province d'Achaïe, *ad ordinandum statum liberarum civitatum*; et l'on peut lire, dans les *Œuvres épigraphiques* de Borghesi, ses observations à propos d'inscriptions qui constatent des actes proconsulaires de ce genre<sup>3</sup>. Pour la ville de Malaga, il est à présumer que, à l'exemple de ce qui est indiqué pour Salpensa, des édits de Vespasien, de Titus et de Domitien ont accordé un privilège, ou conféré le droit à des délégués spéciaux de rédiger le statut communal, et d'en déterminer certaines concessions, telles que l'acquisition du droit de cité romaine, par l'exercice des charges municipales<sup>4</sup>.

Ces statuts ou lois municipales devaient donc être rédigés et gravés au chef-lieu de la province ou même dans les cités; et c'est ce qui explique divers provincialismes et les irrégularités d'orthographe, avec les erreurs grossières qui étonnent et troublent l'esprit érudit de M. Asher, lequel oublie que tous les monuments municipaux parvenus jusqu'à nous sont couverts de singularités de ce genre. Il n'y a qu'à parcourir le chapitre : *Res*

<sup>1</sup> Voir Guichard, *Essai sur le Comitat de Digne* (1846, Digne. 2 vol. in-8).

<sup>2</sup> Voir Frontin, *Controv. agr.*, 19, 4, Lachmann. — Cf. Orelli, *l. c.*, n° 4031; Fronton, *Ad amicos*, 2, 11; Pline, *Hist. nat.*, III, 5, *fin.*, Weise; Plutarque, *Sylla*, 37, Reiske.

<sup>3</sup> Henzen, *loc. cit.*, n° 6483 et suiv. — *Plin. Jun. Epist.*, VIII, 24, etc.

<sup>4</sup> Voir l'article 23 de la *Loi de Salpensa*, et mes observations sur cet article.



*municipalis*, d'Orelli. Aussi les fautes de gravure de nos tables espagnoles n'ont surpris aucun épigraphiste de profession, et pas un d'eux n'en a induit la fausseté des inscriptions. Nous avons la certitude que les choses se passaient comme je l'ai dit, par le témoignage d'irrécusables monuments. Ainsi, voilà une immunité accordée par un rescrit des empereurs Sévère et Antonin à une cité des bords du Dniester; le marbre en a été trouvé il y a peu d'années, et l'inscription recueillie dans les *Mémoires de la Société des antiquaires d'Odessa*<sup>1</sup>; le rescrit constate d'abord la requête locale, puis le rapport favorable du gouverneur; et le diplôme impérial est expédié de Rome à ce dernier, qui en délivre à son tour ampliation à la cité intéressée. N'est-il pas évident que le marbre trouvé sous les ruines de cette ville a été gravé sur les lieux mêmes, à la diligence et par les soins du municipe?

On lit, sur le marbre qui reproduit la *lex collegii salutaris*, de *Lanuvium*, et en tête de l'acte, la mention de la convocation du *collegium* par le dictateur municipal; puis l'extrait du sénatus-consulte autorisant l'association, et enfin les statuts proposés par le dictateur et adoptés par l'assemblée. Il est évident que les premières tables de la *lex Malacitana* devaient contenir des mentions analogues; et quant à la destination de la *lex* au municipe de Malaga lui-même, le texte de l'inscription ne laisse aucun doute à cet égard.

La ville actuelle de Malaga fut jadis, sous le nom plus dur de *Malaca* ou *Malacha*, l'une des cités les plus florissantes de l'Espagne romaine. Elle tirait son origine d'une colonie phénicienne, et l'on sait qu'il y en avait beaucoup sur cette côte<sup>2</sup>. Dès l'âge le plus reculé, Malaga fut renommée par son commerce et par son industrie<sup>3</sup>. Pline la nomme au nombre des trois *civitates fœderatæ* de la Bétique qui furent admises, après la conquête romaine, à jouir d'une condition d'indépendance analogue à celle des villes libres, peut-être même plus favorable pour Malaga, selon les indices de notre grande inscription,

<sup>1</sup> Voir Henzen, *loc. cit.*, n° 6429; et Zell, *Append. cit.*, p. 19-20.

<sup>2</sup> *Oram eam universam originis Pœnorum*, dit Pline l'Ancien, III, 3. — Cf. Strabon, III, 4, 2, Casaubon; et Avienus, *Perieg.*, V, 427.

<sup>3</sup> Voir Forbiger, t. III; et Mommsen, *Die Städtechte*, etc., où sont rapportées d'intéressantes particularités.



comme nous le verrons plus tard. Il est probable que Malaga jouissait encore des avantages de ce *fœdus*, à l'époque où le grand naturaliste écrivait la description géographique de l'Espagne, dans son *Histoire naturelle*, puisqu'il ne la comprend dans aucun des *conventus juridici*, ou ressorts de juridiction de l'administration romaine, dont il donne pourtant le dénombrement exact : omission qui ne saurait être attribuée à l'erreur des copistes. Malaga possédait donc alors probablement encore sa juridiction propre, autonome ou d'adoption, et n'allait point *jura quærere*, comme dit Pline <sup>1</sup>, au chef-lieu d'Astigi, dans la circonscription physique duquel elle était vraisemblablement située, et où, plus tard, elle dut aller demander justice pour les causes d'une certaine importance. Cependant Pline mentionne la collation du droit de Latinité, par Vespasien, à toute l'Espagne. Mais il est à croire que la *respublica malacitana* <sup>2</sup>, bien qu'elle eût pris le surnom de Flavienne, comme d'autres municipes espagnols, ne se pressa point de profiter de la concession de Vespasien, dont elle devait tirer en réalité peu de bénéfice, car la qualité de *civitas fœderata* lui assurait plus de liberté que celle de Municipi, qu'elle prit sous Domitien, et dont la qualification fut appliquée ultérieurement à toutes les cités de l'Empire et aux colonies elles-mêmes, lorsque la condition de toutes fut devenue à peu près égale <sup>3</sup>.

Sur la condition générale des *civitates liberae et fœderatae*, nous possédons deux documents précieux, auxquels les historiens du droit ont fait peu d'attention, du moins chez nous, parce que Sigonius ne les a pas connus ou ne les a pas cités <sup>4</sup>, et qu'en général nous avons vécu, pendant trois siècles, sur ce que Sigonius a écrit en ces matières. Le premier est le plébiscite des *Thermenses*, en Pisidie, de l'an 682 de Rome : monument qui jette une lumière véritable sur la condition politique de ces villes

<sup>1</sup> Loc. cit. — *Jura in Beticam petere jussa*, dit-il ailleurs d'une autre cité, V, 1. Cf. Orelli, *inf. cit.*

<sup>2</sup> Voir Orelli, n° 5040; Henzen, n° 6928; et Léon Renier, *Mélanges d'épigraphie*, p. 86-94. — On disait aussi *Respublica collegii*.

<sup>3</sup> Voir Roth, *De re municipali*, p. 19, etc. Depuis 1801, on n'a rien fait de mieux, sur ce sujet, que cet excellent petit volume.

<sup>4</sup> Voir Sigonius, *De antiquo jure Italiae*, liv. II, chap. XIV, dans ses œuvres complètes, de l'édition de Maderni.



anciennes, et où l'on peut lire, entre autres clauses, les suivantes : IEI OMNES, POSTEREIQUE EORUM THERMENSES MAJORES PEISIDIAE, LEIBERI, AMICEI, SOCIEI QUE POPULEI ROMANI SUNTO, EIQUE LEGIBUS SUEIS ITA UTUNTO. ITAQUE IEIS OMNIBUS SUEIS LEGIBUS... UTEI LICETO<sup>1</sup>. Cet état politique des cités libres ou *fœderatæ* a été maintenu sous l'Empire. Un second document, parfaitement d'accord avec le premier, nous en donne la certitude : c'est un fragment du juriconsulte Proculus, qui vivait, comme on sait, quelques années avant Domitien et sous Caligula. *Non dubito*, dit-il, *quin fœderati et liberi nobis externi sint... quum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium rerum suarum æque, atque apud se, retineant, et eadem nobis apud eos contingunt. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subjectus, sive is fœderatus est, item sive æquo fœdere in amicitiam venit, sive fœdere comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret; hoc enim adjicitur, ut intelligatur alterum populum superiorem esse, non ut intelligatur alterum non esse liberum... At fiunt apud nos rei ex civitatibus fœderatis, et in eos damnatos animadvertimus*<sup>2</sup>. Il serait inutile, pour le sujet que nous traitons, de rechercher la nuance qui séparait les *liberæ* des *fœderatæ civitates*. On voit très-bien en quoi elles se rencontraient, et cela nous suffit.

Telle était donc la condition civile et politique de la cité de Malaga, sous les Romains et avant Vespasien : subordonnée politiquement, mais libre civilement, et vivant en son autonomie, soit au point de vue de la police intérieure, soit au point de vue du droit civil des personnes et des choses. Si le *fœdus* l'assujettissait à une métropole, ou à une domination supérieure, ce n'était pas en son état de liberté municipale et civile. Or, nous savons qu'après la guerre sociale, plusieurs *civitates fœderatæ* d'Italie avaient hésité à changer leur liberté propre, fixée par les traités, contre la participation au droit de cité romaine<sup>3</sup>; à

<sup>1</sup> Voir M. Dirksen, *Versuche zur Kritik u. Ausleg. d. Quellen*, etc., Leipzig, 1825, p. 136 et suiv. Ce plébiscite de l'an 682 y est parfaitement expliqué. Cf. Orelli, n° 3673.

<sup>2</sup> Fr. 7, Dig., 49, 15. La Vulgate a la fautive leçon : **EXTERNI NON SINT**. Voir Kriegel, *ibid.*, et Gebauer, *ibid.* Le Ms. de Rehdiger concorde avec celui de Florence, et porte *extranei sunt*.

<sup>3</sup> Voir mon *Histoire du droit romain*, et mes *Tables de Salpensa et de Malaga*, p. 117.



plus forte raison, les villes libres et alliées de l'Espagne parent-elles regretter leur vieille indépendance en recevant le droit de Latinité, même dans de meilleures conditions que celles du droit commun. Quoi qu'il en soit de cette conjecture, il est certain que la jouissance du droit de Latinité, pour Malaga, ne fut réglée par un statut municipal qu'au temps de Domitien, c'est-à-dire au moins dix ans après l'époque où Vespasien en octroya la concession : c'est le témoignage de notre table de bronze ; et ces diverses circonstances réunies expliquent à la fois les avantages qui furent faits à cette ville, et certaines dispositions dont nous ferons, en leur lieu, ressortir le caractère.

Malaga n'avait jamais reçu de colonie italique, du moins par officielle *deductio* : il n'y en a pas trace dans l'histoire ; mais, dès le temps de Cicéron, les habitudes romaines, importées par l'affluence des Italiotes, avaient fait de si grands progrès dans cette partie de l'Espagne, comme dans le nord de l'Afrique, qu'on pouvait s'y croire, sans illusion, au milieu de la civilisation latine. On se souvient de ce que Cicéron en dit dans le discours *Pro Balbo*, où M. Asher imagine que le fabricant de notre table a pris deux ou trois mots. On sait le langage que César a tenu aux Espagnols de ce pays ; on sait le soin que prit Auguste d'augmenter leurs privilèges, et la faveur dont ils furent l'objet, sous les empereurs de la dynastie flavienne. Du reste, les monuments épigraphiques parvenus jusqu'à nous attestent la prospérité du commerce de Malaga pendant la période impériale de la domination romaine. Malaga s'enrichissait par ses relations avec les peuples d'Afrique, et surtout par l'industrie de l'exportation du poisson salé. Strabon et d'autres géographes anciens en font mention, et un grand nombre d'inscriptions témoignent de l'attachement des Malacitains à leur patrie<sup>1</sup>.

A cette occasion, je dois dire quelques mots d'un système qui s'est produit timidement il y a dix ans, après que l'idée de la fabrication moderne des bronzes de Malaga eut été généralement reconnue comme inadmissible : système qui n'a fait que naître et mourir, et qui était intermédiaire entre celui du faux moderne

<sup>1</sup> Voir Cean Bermudez, *Sumario de las antigued. rom.*, etc., Madrid, p. 316-18 ; Forbiger, t. III de sa *Géographie de l'antiquité* ; l'*España Sagrada* de Florez ; Orelli, n° 5040, et L. Renier, *Mélanges d'épigraphie*.



et celui de la vérité antique. D'après cette vue nouvelle, nos inscriptions seraient réellement anciennes; mais elles auraient été fabriquées et supposées comme authentiques; à l'époque même où elles auraient été exposées à Malaga. En d'autres termes, les municipes de Salpensa et de Malaga se seraient attribué une fausse charte de commune, qu'ils auraient fabriquée, comme on a fabriqué de faux diplômes au moyen âge. Ce système, qui ne s'appuyait que de l'imagination de son auteur érudit, n'était pas plus acceptable que celui de la fabrication moderne, et personne n'a songé à le prendre au sérieux. L'antiquité des monuments de Malaga étant incontestable aux yeux d'un archéologue, et même d'après les données du simple bon sens, la nouveauté de certains faits révélés par eux ne pouvait suffire pour supposer un faux aussi extraordinaire commis dans l'antiquité même. On citait comme exemple les inscriptions de Fourmont; mais jamais on n'a soupçonné ces inscriptions trop fameuses d'être de fabrique ancienne: je ne crains pas même d'avancer qu'il n'y a pas d'exemple dans l'antiquité d'une fabrication de ce genre dont la mémoire soit venue jusqu'à nous<sup>1</sup>. Les originaux des inscriptions de Fourmont n'ont jamais été représentés. Il a été dupe d'un industriel intéressé, du genre de celui qui, de nos jours, a trompé, pour des manuscrits grecs, les conservateurs de la Bibliothèque royale de Berlin.

Pline a pu écrire à Trajan qu'on présentait quelquefois au proconsul de Bithynie des diplômes suspects ou altérés, comme émanés de la chancellerie romaine; et Pline demandait quelquefois qu'on vérifiât les originaux, au *tabularium* impérial, avant de statuer sur les requêtes. Mais il s'agit, dans Pline, d'ampliations inexactes, ou de copies falsifiées, dont se prévalaient des individus intéressés, et non de bronzes faux exposés en public sous les yeux de l'autorité, ni de lois municipales audacieusement affichées comme authentiques, ou comme approuvées par l'administration supérieure, tandis qu'elles ne l'étaient pas. Nous voyons, par les fragments insérés au Digeste de Justinien, *De lege Cornelia* (48. 10), que des peines sévères étaient infligées aux coupables qui altéraient les registres et actes municipaux. La production d'un bronze faux, sur un

<sup>1</sup> Voir Zell, *loc. cit.*, II, p. 352 et suiv., et Zumpt, *De Laur. Latin.*, p. vi.



sujet si important, sous les yeux d'un gouverneur de province, dans une ville fréquentée par des milliers de voyageurs étrangers, et sous le règne d'un empereur aussi peu débonnaire que Domitien, est une hypothèse impossible. Les fausses chartes du moyen âge, les fausses décrétales, étaient supposées venir d'une époque reculée, où l'ignorance publique ne pouvait aller compulser les originaux, comme Pline aux archives de la capitale. Mais notre bronze a été publiquement exposé à l'époque même dont il porte la date, puisque le nom de Domitien y a été effacé en exécution du décret du sénat. Il n'a pu être fabriqué à une époque postérieure de l'Empire romain, car il règle des matières qui ont cessé d'être en usage à la fin du second siècle, telle que celle des élections populaires dans les municipes. La Constitution célèbre de Caracalla a rendu inutiles plusieurs autres dispositions de la loi de Malaga; et enfin l'introduction du christianisme dans le gouvernement de l'Etat rend inacceptable la supposition que le faux ait pu être commis après l'avènement de Constantin, car l'inscription est bien certainement l'œuvre d'un païen. D'ailleurs elle est rédigée en un style qui n'est évidemment pas celui du troisième ou du quatrième siècle. Advenant l'invasion des barbares, la fabrication n'avait plus d'objet plausible, et quel eût pu être, dans ce temps-là, le rédacteur capable de fabriquer des inscriptions de cette importance et de ce caractère? Poser une telle question, c'est la résoudre; elle ne soutient pas l'examen.

Nous avons, il est vrai, des inscriptions suspectes ou interpolées; mais ce sont en général des inscriptions courtes, recueillies par les érudits du seizième siècle, à nous transmises par des copistes inintelligents ou infidèles, et dont les originaux sont perdus ou ne sont pas représentés<sup>1</sup>. Quelques-unes ont cependant été interpolées par les anciens eux-mêmes, comme cette inscription sépulcrale où un malin a glissé des méchancetés contre le défunt<sup>2</sup>. D'autres exemples de ce genre n'ont aucune portée et ne peuvent tirer à conséquence<sup>3</sup>. Je conviens qu'on pourrait suspecter une correction ou une intercalation intéressée sur un bronze ou sur un marbre antique, et reporter le

<sup>1</sup> Voir Orelli, t. I, p. 41, v° INTERPOLATE.

<sup>2</sup> Voir Orelli, t. II, n° 4912.

<sup>3</sup> Voir Henzen, *Suppl. d'Orelli*, p. 28, n° 186; p. 494, nos 6521 et 7004.



soupeçon jusqu'aux anciens. Tel est un cas dont parle Suétone<sup>1</sup>; mais nous sommes bien loin d'une pareille hypothèse, puisqu'il s'agit de la fabrication frauduleuse d'un acte public tout entier, qui n'aurait pas eu moins de vingt-cinq colonnes d'étendue, gravé sur cinq ou six tables de bronze, pesant environ 500 kilogrammes, avec une province toute entière pour complice du faux. Le faux antique est impossible.

Le faux moderne l'est tout autant. M. Asher en tire l'induction de certains arguments de détail auxquels nous renvoyons de répondre, jusqu'à l'explication des textes mêmes de la loi malacitaine, d'où le critique a tiré ses objections. Il est d'autres objections qui ont un caractère de généralité, ou qui se rattachent à des observations critiques qu'on aurait pu croire épuisées, entre autres celle du signe R (*rubrica*) pour marquer les têtes de chapitre destinées à être peintes en rouge. Je ne veux pas répéter ici ce que j'ai dit à ce sujet dans mes *Tables de Salpensa et de Malaga*, bien que M. Asher n'y ait pas répondu un seul mot. Mais comment peut-il affirmer de nouveau que nos monuments espagnols *sont les seuls* sur lesquels on trouve cette indication de peinture, empruntée, selon nos adversaires, par le fabricant moderne, aux manuscrits du moyen-âge. Les érudits familiers avec l'épigraphie savent que, pour les inscriptions comme pour les manuscrits, le signe R indiquait au coloriste, qui venait après le graveur ou le *scriba*, quels étaient les mots, les phrases qui devaient être peints en rouge, afin de frapper la vue, par l'éclat d'une couleur brillante, à chaque changement de sujet, ou à chaque commencement de chapitre, sur le bronze ou sur le marbre. Cette peinture était même indispensable, dans les inscriptions d'une certaine étendue, pour faciliter l'intelligence et soutenir l'attention du lecteur : car les anciens ne ménageaient souvent aucun intervalle, ou n'admettaient qu'un intervalle insuffisant, entre la fin d'un chapitre ou d'une phrase et le commencement d'un autre. Quelquefois même tout l'inscription était passée en couleur. Pline l'Ancien nous dit que *minium.... clariores litteras, vel in auro, VEL IN MARMORE, etiam in sepulcris facit*<sup>2</sup>. Il est question de *tabulæ cerussatæ*, dans le

<sup>1</sup> Suétone, *Cæsar*, 28.

<sup>2</sup> Voir Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 40. Des lettres rouges se distinguent encore, dit-on, au tombeau des Scipions. Orelli.



Code Théodosien<sup>1</sup>; et les savants connaissent les fragments d'anciens *kalendaria*, gravés sur marbre, qui sont parvenus jusqu'à nous, et dont le texte lui-même apprend qu'après la gravure ils étaient livrés à un ouvrier *ad pingendum*, et que les points remarquables, comme l'indication des *nundinæ*, étaient rehaussés en couleur<sup>2</sup>. De la pratique *picturale* sur les planches métalliques, ou sur le marbre, à l'indication par un signe au coloriste, il n'y a qu'un pas. Elle était d'usage sur les manuscrits, parce qu'elle avait été jadis appliquée aux inscriptions. Il est probable que les copistes l'ont empruntée aux graveurs sur marbre ou sur métal, car les copistes se sont attachés, dans les temps reculés, à reproduire la forme des lettres gravées et les usages épigraphiques. Je ne reproduirai pas les témoignages de Juvénal, de Perse et de Prudence, que j'ai cités ailleurs et que M. Asher aurait pu discuter<sup>3</sup>. La *rubrica* des tables de Malaga et de Salpensa ne cause donc aucune surprise aux antiquaires exercés. Nos tables fussent-elles seules à indiquer une peinture initiée en rouge, on ne pourrait en conclure que les monuments sont apocryphes, car les pratiques de l'antiquité ont été variées à l'infini, et nul ne peut se flatter de les connaître au complet, quelque érudit qu'il soit. Il en est de la *rubrica* comme du *civitate romana mutatus* que M. Asher n'a rencontré aussi que dans nos tables, comme si, après avoir lu *familia mutati* dans un fragment du Digeste<sup>4</sup>, on pouvait s'étonner de trouver quelque part *civitate mutatus* : locution que, du reste, M. Asher applique par erreur au changement de résidence, tandis qu'il s'agit ici du *jus civitatis*, ce qui renverse toute son argumentation. M. Dirksen en avait fait la remarque avant moi.

M. Asher revient aussi sur la *tutoris optio* de la Table de Salpensa, et la trouve tout simplement absurde. Il lui paraît extravagant qu'à Salpensa les enfants choisissent eux-mêmes leurs tuteurs, et cette folie lui semble un indice irrécusable de l'ignorance du rédacteur et de la fausseté de l'inscription. Avant

<sup>1</sup> *Const. de Constantin* de 315. Voir J. Godefroi, *ibid.*, IV, p. 198, Ritter.

<sup>2</sup> Voir Orelli, t. II, p. 379, 406, *ubi Morcelli cit.*, etc.

<sup>3</sup> Voir Zell, *loc. cit.*, II, p. 27, *ubi Borghesi cit.*

<sup>4</sup> Fr. 7, *princ. ff.*, IV, 5, *De cap. minut.*, où, dans la Vulgate, on avait imprimé : *familia mutata*. Cf. Dirksen, dans les *Mém. de l'Acad. de Berlin*, 1856, p. 692.

de discuter encore ce texte, sur lequel je croyais avoir tout dit, je rappellerai à M. Asher qu'il y avait d'autres législations où les enfants choisissaient eux-mêmes leurs tuteurs : qu'il se souvienne des *Établissements de saint Louis*, de quelques-unes de nos anciennes coutumes françaises, et des vieux usages de son pays lui-même, de la patrie allemande; il y trouvera la singularité qui lui paraît incroyable. La *tutoris datio* du chapitre xxix de la loi de Salpensa est aussi l'objet d'une attaque de M. Asher. Toute la matière de la tutelle romaine me semble bouleversée par cette polémique du savant *privat docent* d'Heidelberg. M. Dirksen et M. Rudorff avaient tenu plus de compte des réponses déjà faites à M. Laboulaye, à ce sujet. Il est vrai que M. Asher se place à un autre point de vue que mon éminent contradicteur français; mais ses arguments nouveaux ne me paraissent pas plus plausibles, et l'on me permettra de rétablir la bataille sur un point aussi intéressant de l'histoire du droit, avant de passer à l'explication de la Table de Malaga elle-même.

Tout le monde se souvient que le texte du chapitre xxii du fragment de la loi de Salpensa est ainsi conçu : *Qui quæve, ex hac lege, civitatem romanam consecutus consecuta erit, is ea in ejus, qui civis romanus hac lege factus erit, potestate, manu, mancipio, cujus esse deberet, si civitate mutatus mutata non esset, esto, idque jus tutoris optandi habeto, quod haberet, si a cive romano ortus orta, neque civitate mutatus mutata esset.*

On voit que cette rédaction complexe a pour objet de décider que celui ou celle qui, dans la ville latine de Salpensa, passait de l'état de latinité à la jouissance du droit de cité romaine, conservait néanmoins dans la ville latine son ancien état personnel; c'est-à-dire que le changement d'état politique n'avait aucune influence sur l'état civil et privé de sa famille; et que, par conséquent, le droit latin de la *patria potestas* préexistante, de la *manus*, d'où dérivait la *tutoris optio*, et de la condition intermédiaire et transitoire du *mancipium*, n'éprouvaient aucune altération par l'effet de l'acquisition du *jus civitatis romane* de la part du *pater familias*, citoyen latin ou municpe de Salpensa; que, par conséquent, le père ne perdait point ses droits antérieurs par l'effet de ce changement de son état, et que les enfants ne passaient point, de leur côté, sous une puissance, *potes-*



tas, autre que celle du droit latin, lequel était un droit acquis pour eux.

Or, en lisant ce texte, et au premier aperçu, l'on pourrait croire que l'attribution de la *tutoris optio*, c'est-à-dire la faculté de se choisir un tuteur, qu'on sait être accordée à la femme romaine ou latine soumise à la tutelle perpétuelle, faculté dont le but était de mitiger la condition pénible de la *tutela muliebris*, était appliquée, dans les municipes espagnols, à la femme libérée de la *manus* maritale, autant qu'à l'impubère lui-même; c'est-à-dire encore que la *tutoris optio* aurait été donnée, en ce dernier cas, à un individu parfaitement incapable de faire un pareil choix avec discernement. Mais en reportant son souvenir aux pléonasmes des chancelleries, aux habitudes épigraphiques des Romains, et en considérant avec attention la texture de la phrase malacitaine, il demeure évident que le *jus tutoris optandi* s'applique non pas cumulativement à l'*is*, *EA*, dont il est parlé dans ce chapitre, mais disjonctivement et hypothétiquement à l'un des deux, à l'*EA* seule, de même que le mot *MANU*, qui précède, ne s'appliquait point aux deux individus, l'impubère et la femme, mais à l'un d'entre eux seulement. Ainsi, le *jus optandi* ne pouvait et ne devait, comme la *manus* dont il est question, s'entendre que de la femme latine, et non pas de l'impubère mâle en même temps. C'est l'impression que la lecture de ce chapitre de la loi avait produite sur les esprits non prévenus, et le soupçon de folie ou de mystification, qu'on a voulu répandre sur ce texte embarrassé, s'était évanoui à cette simple explication. Ni M. de Savigny, ni M. Dirksen, ni M. Rudorff ne gardaient le moindre doute à cet égard, lorsque j'eus l'honneur de les entretenir, à Berlin, en 1855. Tel avait été aussi, du premier coup, mon sentiment bien arrêté. Mes collègues les plus autorisés en ces matières, à la Faculté de Paris, partagèrent mon impression, et M. Zell en a plus tard démontré la vérité<sup>1</sup>.

Plus tard, il m'avait paru qu'indépendamment de cette interprétation naturelle, le *jus optandi tutorem* de *Salpensa* pouvait être entendu aussi de la *petitio tutoris*, et, par conséquent, *optare* être pris pour équivalent de *petere*, présenter requête, au lieu de choisir, et s'appliquer ainsi à l'*is*, *EA*, du chapitre XXII, au lieu

<sup>1</sup> Voy. *Die Heidelberger Jahrbucher der litteratur*, n° 33, 1856, p. 527.



d'être limité à la femme *in manu*, comme dans la première interprétation. La théorie de la *petitio tutoris*, délicate et obscure dans l'ancien droit romain, aurait été, d'après cette idée, l'un des objets du chapitre xxii de la loi de Salpensa. Entre les deux explications, mon jugement pouvait hésiter; je crois cependant la première plus plausible.

Tel était donc l'état de la question entre M. Laboulaye et moi, lorsque M. Laferrière est intervenu dans la controverse, avec un avis moyen qui mettait les contendants hors de cour, dépens compensés. Il proposait, avec une ingénieuse habileté, à la page 168 du tome VI de l'*Histoire du droit français*, d'admettre que l'*optio tutoris* par le pupille, mâle ou femelle, aurait été reçue en droit romain, au moins dans les provinces. La preuve en était, à ses yeux, dans le chapitre xxii de la Table de Salpensa, qui devait être entendu littéralement; et la confirmation s'en trouvait, devinez où?... Dans un chapitre des *Établissements de saint Louis*.

Après avoir analysé la jurisprudence des *Établissements*, en matière de garde noble et de majorité féodale, il s'exprimait ainsi : « Le coutumier est majeur, quand il a passé quinze ans, pour tenir bien de roture<sup>1</sup>; et le droit quant à sa tutelle diffère essentiellement du droit féodal. Le *bail en vilenage* ou la tutelle des coutumiers (qu'on a depuis appelée garde bourgeoise) n'admet pas la distinction relative à la garde noble : celui qui doit avoir la terre peut avoir la garde des enfants; la coutume ne se défie pas de lui<sup>2</sup>; et ce qu'il y a de remarquable, en outre, c'est que les enfants mineurs, sans distinction de sexe, peuvent faire option de tuteur; les enfants mineurs, dit l'article 137, *peuvent aller à un de leurs amis, selon qu'il leur plaît mieux*. Ainsi donc, l'*optio tutoris*, qui a existé dans le droit romain, après l'abrogation de la tutelle légitime des femmes, était dans la Gaule romaine applicable à l'enfant mâle comme à la fille; et ce qui a paru, dans les tables nouvellement découvertes de Malaga et de Salpensa, une institution difficile à combiner avec le droit romain, était pratiqué par les coutumiers ou roturiers des *Établissements de saint Louis* qui, dans ce cas, reproduisaient évidemment une ancienne tradition. La disposition du chapitre xxii

<sup>1</sup> Voy. les *Etabliss.*, I, 142.

<sup>2</sup> *Etabliss.*, I, 137, de l'édit. de Saint-Martin.



de la loi de Salpensa, qui pouvait être l'objet d'un doute sérieux, trouve sa confirmation dans le chapitre CXXXVII des *Établissements*; et les deux monuments combinés prouvent que l'option de tuteur a été commune, dans les provinces, aux pupilles masculins et féminins, dès le premier siècle qui a suivi la chute de la tutelle perpétuelle des femmes; qu'elle a passé dans les mœurs gallo-romaines, et que de là elle s'est perpétuée jusque dans les usages du moyen âge. »

J'ai des doutes sérieux, je l'avouerai, sur cette confirmation de l'authenticité de la loi latine de Salpensa par les *Établissements de saint Louis*; mais j'en conviens, sans hésiter aussi, M. Laferrière n'est point en défaut, quand il proclame que la coutume française du treizième siècle reproduit une ancienne tradition. Je crois seulement que cette tradition est germanique et non romaine; qu'elle vient du Nord et non du Midi. Je n'en signale pas moins la sagacité de M. Laferrière, qui s'est hardiment appliqué à l'explication d'un chapitre des *Établissements* demeuré jusqu'à ce jour lettre close pour tout le monde.

Voici le texte de l'article 137 du livre I<sup>er</sup> des *Établissements*. Je l'emprunte au manuscrit de Vaudémont, plus tard de Harlai, n° 414, du fonds de Saint-Germain, à la Bibliothèque impériale. Il est de la fin du treizième siècle même, et il donne une leçon importante que je ne trouve pas dans les imprimés.

*De Bail en vilenage.*

« Nul home coustumier na baillie dautrui enfant se en une  
 « maniere non que ie vous dirai. Que se uns hom et une fame  
 « morroient, cil qui doit auoir le retor de la terre si porroient  
 « bien tenir les enfanx tant qu'il porroient aler a un de leurs au-  
 « tres amis, se il leur gree miex, ou a un autre estrange. Ilz  
 « iroient bien se eulz vouloient et eus et leurs terres; et cil a  
 « qui eulz seront ale si doiuent tenir les choses en bon estat; et  
 « se eus ne le faisoient ils seroient tenuz a lamender quant il  
 « seroit partiz de lui; mes il ne rendroit nules des issues de la  
 « terre, de tant come il auroit este el lieu, et ainsi na nul home  
 « coustumier bail denfant se nest son pere ou sa mere, puis que  
 « il set dire auquel il li plect miex a aler de ses amis. »

Ainsi, pendant que la coutume féodale défendait, dans un autre article des *Établissements* (art. 117), de commettre la

garde du pupille, tenancier noble, à celui qui était destiné à lui succéder par la proximité du sang, de peur, comme dit un vieux praticien, que la convoitise ne fit faire à ce dernier la garde du loup; la même coutume ne craint pas de livrer à ce danger le pupille qui tient la terre en vilenage. Mais il y a quelques correctifs à cette loi. Elle accorde au pupille roturier, dès qu'il commence à se connaître, la liberté de quitter son premier tuteur et d'en choisir un autre, plus à son gré, parmi ses parents ou amis, en allant demeurer chez lui. Seulement, ce dernier tuteur a, comme le premier, l'usufruit de la terre en indemnité de ses soins de tutelle. Enfin, dans un autre chapitre, la coutume émancipe le roturier à un âge plus précoce que le tenant fief. Le gentilhomme n'est majeur qu'à vingt ans. Le roturier est capable à quinze ans de posséder lui-même en vilenage, de tenir service de seigneur et de porter garantie. Il est majeur cinq ans plus tôt que son seigneur.

Il suffit, ce me semble, de la simple réflexion pour reconnaître l'impossibilité d'une tradition de la *tutoris optio*, en cet article 137 des *Établissements*. Il y a, dans le droit romain, deux genres de tutelle dont le caractère, comme les effets, sont de tout point différents, et dont il n'est pas permis de confondre les traits, soit pour le fond, soit pour la forme; je veux parler de la tutelle des impubères, de tout sexe, et de la tutelle des femmes proprement dite, qui commence pour elles à l'âge où finit la tutelle pupillaire, pour ne cesser qu'à la mort, ou pour faire place à la puissance de l'époux, la *manus*, quand la femme y est postérieurement soumise. La tutelle des impubères est une institution nécessaire, née de la condition même de l'humanité, plus ou moins perfectionnée, selon les progrès de la philosophie du droit et l'état de la société civilisée; c'est un devoir de famille en même temps qu'une obligation sociale. Les Romains ont accompli l'un et l'autre au point de vue des anciens, et selon les intérêts, les idées et les mœurs de la société romaine. La tutelle des femmes était une institution arbitraire, purement politique, dont le but était de subordonner avec plus ou moins de rigueur, selon les temps, la condition civile de la femme à l'intérêt des familles; et l'on sait que le système organique de la famille était la base du système politique des Romains de la république. L'effet principal de la *tutela muliebris* était donc d'empê-



cher la dissipation et l'aliénation des biens de la femme, qu'on voulait conserver dans le patrimoine agnatique des familles<sup>1</sup>. La tutelle des impubères, même celle des agnats, était une tutelle d'administration et de protection, dont l'objet principal ou ordinaire était de veiller à l'intérêt de l'incapable. La tutelle des femmes était une tutelle de *veto*, toute à l'avantage des tuteurs en général, imaginée et combinée moins pour protéger la femme, ou pour gérer sa fortune, que pour compléter son exclusion de toute aptitude politique, par l'incapacité de disposer de ses biens et de compromettre sa fortune (cf. Gaius, II, 85).

Il est facile de comprendre comment, en partant de principes si divers, ces deux tutelles produisaient des effets dissemblables, quoique ayant accidentellement quelques qualités communes, au moins en apparence; par exemple, les deux tutelles pouvaient être testamentaires, légitimes, magistrales ou datives et fiduciaires. Ainsi la *tutela muliebris*, au moins la *legitima*, était un droit susceptible d'être classé dans la fortune privée, un avantage appréciable des tuteurs eux-mêmes, qui, héritiers présomptifs de la femme, et principalement institués pour veiller sur la conservation de la succession future, par l'exercice d'un *veto* contre lequel il n'y avait aucun recours, c'est-à-dire par le refus absolu de l'indispensable *auctoritas*, n'étaient astreints à aucun *tutela judicium*, puisqu'ils n'étaient ni gérants, ni comptables, et qu'ils pouvaient aliéner le bénéfice de leur tutelle à un parent du degré subséquent, même à un étranger, par une *in jure cessio*. Aussi, l'acceptation de la *tutela muliebris* était volontaire et libre pour le tuteur, tandis que celle de la *tutela impuberum*, légalement déferée, était charge publique, obligatoire pour tout citoyen, à moins d'excuse légitime et justifiée.

La *tutela muliebris* engagea donc une lutte intime et permanente entre la femme aspirant à l'indépendance civile, et le tuteur, présomptif héritier, défendant une situation intéressée, un droit contre nature et presque odieux. Cette lutte, plus prononcée à mesure que la société devenait plus délicate, et son esprit

<sup>1</sup> *Neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse...* Gaius, II, 80. Voir, à ce sujet, et dans cette *Revue* même, une dissertation remarquable de M. de Fresquet, dont l'idée première me paraît fort juste, bien que je n'adopte pas complètement tous les développements qu'il lui donne.



plus cultivé, devait nécessairement tourner au profit de la femme. La *tutela muliebris* perdit graduellement sa raison d'être dans l'opinion : *feminas... in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur*, dit Gaius. Les jurisconsultes philosophes l'attaquèrent avec l'arme puissante de la raison. Mais, comme les Romains étaient un peuple vraiment politique (*tu regere imperio populos...*), le peuple le plus conservateur qui fût au monde, et que le respect des lois nationales était chez lui une affaire de cœur en même temps qu'une affaire de bon sens (*O jus eximium nostræ civitatis...*, s'écriait Cicéron), on ne proposa point, sous la république, de donner un démenti au passé, ni d'abolir la tutelle des femmes, quand on pouvait s'en dispenser. Mais la souplesse des jurisconsultes se chargea, dans l'intérêt de la liberté humaine, d'inventer les moyens de détourner l'application d'une mesure rigoureuse, tout en laissant subsister la loi même.

Le père pouvait nommer un tuteur à ses enfants, en vertu de la *patria potestas*. L'époux, quand il avait la puissance maritale, la *manus*, droit qui participe du caractère magistral de la *patria potestas*, puisque la femme *in manu* était, par rapport au mari, *loco filiæ*; l'époux, dis-je, pouvait aussi nommer par testament le tuteur de son épouse : *Uxori quæ in manu est proinde ac filia, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest* (Gaius). C'était peu que cela; on admit en faveur de la femme, ou de l'époux, un autre droit, que jamais on ne put songer à reconnaître au père vis-à-vis du fils : la coutume autorisa le mari à donner par testament à sa veuve, qui devait retomber en tutelle, la faculté de choisir elle-même son tuteur : *In persona tamen uxoris quæ in manu est, recepta est etiam TUTORIS OPTIO, id est, ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare* (synonyme ici de *petere*). Le principe politique de la tutelle perpétuelle des femmes était ainsi respecté; tandis qu'en remettant la tutelle à d'autres mains que celles du présomptif héritier, ou bien en prenant le consentement de la femme, on faisait disparaître le caractère le plus odieux de la *tutela muliebris* : on supprimait facultativement le personnage intéressé du tuteur. Le droit pour l'époux de léguer à sa veuve l'*optio tutoris*, était en pleine pratique, au sixième siècle de Rome, témoin le sénatus-consulte des Bacchanales. La *tutoris optio* était appelée *pleine et entière*, lorsque le choix de la femme



pouvait être indéfiniment renouvelé, ou bien s'appliquer à son gré à tout ou partie de ses affaires. La *tutoris optio* était appelée *angusta*, si l'exercice en était limité<sup>1</sup>.

L'*optio tutoris* était donc, dans l'exercice de la *tutela muliebris*, une modalité de la tutelle testamentaire, une conséquence de la *manus*, une forme d'exécution de la loi, livrée à l'appréciation du chef de famille, ou de l'époux testateur et prémourant. Elle n'est prévue, autorisée et constatée qu'à l'occasion de la *tutela muliebris*, et ne pouvait s'appliquer, autant *in abstracto* que dans la pratique effective, à la *tutela impuberum*; aussi n'en trouve-t-on aucune trace, aucun indice, en ce qui touche cette dernière, à moins de prendre à la lettre l'IS, EA, de l'*aes Salpensanum*, auquel cas on risque d'être foudroyé par le canon de M. Asher. Mais, remarquons-le bien, l'*optio tutoris* n'avait jamais pour objet le changement arbitraire de tutelle; elle ne se rapporte qu'à l'entrée en tutelle de la femme libérée de la *manus*; l'*optio* s'exerce au moment initial de cette tutelle, ou au cas de son renouvellement naturel, c'est-à-dire au cas où, une première tutelle prenant fin, par la mort du tuteur, la femme peut exercer l'*optio* et choisir un remplaçant de ce dernier. Remarquons, en outre, que la femme n'a jamais, *de plano*, le droit de faire une pareille *optio*. Il faut qu'elle ait inspiré assez de confiance au magistrat domestique, père ou époux, pour qu'une telle faculté lui soit donnée; il faut un testament. En l'absence de cet acte solennel, la femme doit se résigner à la rigueur du droit et subir la tutelle du plus prochain agnat<sup>2</sup>.

Je sais bien que les jurisconsultes romains, dans leur ferveur active pour l'émancipation de la femme, ne s'étaient point arrêtés à l'option testamentaire de tuteur, et qu'ils avaient ingénieusement imaginé un expédient compliqué à l'aide duquel la femme pouvait se débarrasser d'un censeur trop incommode; mais c'était par le moyen d'une procédure extraordinaire, qui n'était possible qu'à un personnage de condition féminine, et ca-

<sup>1</sup> Cf. §§ 150 à 153 du livre I des *Commentaires* de Gaius.

<sup>2</sup> A défaut d'agnat, la femme était-elle soumise à la tutelle des *gentiles*? C'est probable, mais je l'ignore. Ce qui est certain, c'est qu'après la chute de la gentilité on voit la femme recevoir, comme l'impubère, un tuteur nommé par le magistrat public, dans les cas où il n'y avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur agnatique.

pable d'un consentement obligatoire, c'est-à-dire pubère : procédure en, par son étrange mécanisme, justifiait cette boutade de Cicéron contre les juriconsultes, complaisants fondateurs d'une jurisprudence formaliste et subtile : *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur*<sup>1</sup>. En effet, par la combinaison artificielle d'une *coemptio*, d'une *mancipatio fiduciæ causa*, et d'un affranchissement du *mancipium*, la femme pouvait briser à son gré la tutelle légitime qui la gênait, pour passer sous la tutelle fiduciaire d'un *extraneus manumissor* dont le pouvoir était insignifiant et purement nominal. Gaius, qui nous a révélé le détail de cette affaire, ne peut guère s'empêcher d'en marquer la singularité; cependant, il est vrai de dire que cette procédure exceptionnelle ne pouvait être entamée sans le consentement des tuteurs légitimes de la femme, et ce fait important n'a point été assez remarqué : *Si qua velit*, dit Gaius<sup>2</sup>, *quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, HIS AUCTORIBUS (leçon reçue) coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur*. A l'aide d'un mécanisme analogue, la femme pouvait acquérir la liberté de tester sans contrôle, et selon sa volonté, car ces *tutores alterius generis*, profondément distingués des *legitimi*, pouvant être contraints par le prêteur à fournir leur *auctoritas*, ne suppléaient qu'à une incapacité de forme et n'avaient aucun pouvoir réel.

Telles étaient les façons de procéder, dangereuses et singulières à la fois, qui, seules, permettaient à la femme le changement de tuteur pendant la vie de ce dernier, et la disposition libre de ses biens par testament. Or, on n'appela, dans aucun temps, du nom d'*optio* ces pratiques toujours difficiles qui, dans une foule de cas, étaient irréalisables. Les anciens ont gardé, pour le droit d'élection directe du tuteur par la femme légataire de ce bienfait conjugal, la dénomination d'*optio tutoris*, et jamais il n'en est question pour l'hypothèse de la *coemptio tutoris mutandi causa*, laquelle est inconciliable d'ailleurs avec la condition civile des impubères, et surtout avec la condition de

<sup>1</sup> *Pro Murena*, XII.

<sup>2</sup> Cf. §§ 114, 115, 115a, 115b et 136 de Gaius, *Comm.*, I.



masculinité. Il y a donc eu, si je ne me trompe moi-même, quelque entraînement d'illusion, de la part du si regrettable Laferrière, lorsqu'il écrivait : « *L'optio tutoris* qui a existé dans le droit romain, APRÈS l'abrogation de la tutelle légitime des femmes, était, dans la Gaule romaine, applicable à l'enfant mâle comme à la fille, etc. » *L'optio tutoris* existait en même temps que la tutelle perpétuelle des femmes, et bien avant la chute de la république, puisque le sénatus-consulte des Bacchanales en fait mention parmi les privilèges accordés à *Fescennia Hispala*; et son application, dans la Gaule romaine, à l'enfant mâle comme à la femme, est une conjecture hypothétique que rien ne soutient.

La *tutoris optio* n'est donc pas postérieure à la chute de la *tutela muliebris*; elle est aussi ancienne peut-être que la tutelle perpétuelle. C'était le tempérament reçu d'une institution qui, du reste, dans l'origine, et dans les anciennes habitudes romaines, avait été moins insupportable qu'on ne pense<sup>1</sup>.

Mais qu'est-ce que la chute de la tutelle perpétuelle? M. Laferrière voulait-il dire que la tutelle perpétuelle des femmes avait été abolie par la loi *Claudia*? Telle est probablement sa pensée. Or, je crois qu'il y a là une erreur : la loi *Claudia*, loi de révolution, n'a point supprimé la *tutela muliebris*. La loi *Claudia* s'est attaquée à la constitution agnatique de la famille; elle a ruiné l'agnation dans le gouvernement domestique, comme le préteur de l'Empire l'a ruinée dans la transmission de la fortune héréditaire. L'agnation était antipathique à la constitution sociale de l'Empire. Gaius indique, par deux fois, que la loi *Claudia* n'abolissait que la tutelle légitime des agnats; le principe de la tutelle perpétuelle des femmes n'a point encore été touché. La pratique d'une tutelle légitime des femmes a survécu; et, en effet, il restait la tutelle légitime des patrons et celle des pères sur leurs filles émancipées : l'une comme l'autre étaient d'un usage assez fréquent dans les familles<sup>2</sup>. Il restait la tutelle testamentaire dé-

<sup>1</sup> Voir, à ce sujet, un texte important et curieux de Columelle, contemporain de Sénèque, *De re rustica*, XII, *Præfat.*, 7 et 8. Nulle part la condition morale de l'ancien mariage romain n'est mieux exposée. Consultez le texte de Schneider.

<sup>2</sup> Le manuscrit du Vatican des fragments d'Ulpien porte (XI, 8) : *Feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustinet, excepta tutela patro-*



férée par le père ou l'époux, *positis ponendis* ; il restait la tutelle déferée par le magistrat. Au temps d'Ulpien, la *tutela muliebris* demeurait le droit commun. A propos des tuteurs temporaires, il dit : *Moribus tutor datus mulieri pupillove qui cum tutore suo... agere vult... qui tutor prætorianus dicitur*, etc. D'après l'usage établi, le magistrat nommait un tuteur à la femme qui avait quelque intérêt à débattre avec son tuteur ordinaire, lequel ne pouvait être *auctor in rem suam*. Dans une constitution de Dioclétien, il est encore parlé de la tutelle des femmes comme d'une institution existante ; enfin, même après que le christianisme fut devenu loi de l'État, le praticien compilateur anonyme, mais instruit, des *fragmenta vaticana*, en a laissé subsister la trace, encore utile à remarquer dans l'*usus forensis* de son temps. Il n'y a donc jamais eu d'abrogation formelle et positive de la *tutela muliebris* ; mais elle disparut graduellement et à la longue, parce qu'insensiblement elle devint incompatible avec l'ensemble des institutions, et que dans la pratique elle était d'une conséquence insignifiante. Les lois papiennes firent de l'affranchissement de la tutelle une des faveurs accordées à la femme féconde ; et, en ce qui touche l'agnation, l'Empire n'avait pas attendu Claude pour en attaquer les vieux privilèges. Après la *lex Claudia*, la tutelle des femmes fut cependant, et par la force des choses, réduite à des limites assez étroites, et l'institution ne répondait plus à aucune pensée politique ; mais la position spéciale des parents et des patrons maintenait un droit dont la famille entière pouvait quelquefois profiter. La veuve d'Apulée achète un *prædium, tutore auctore*. La tutelle des femmes apparaît encore sous Constantin lui-même, et de là vient qu'on en trouve des vestiges longtemps après que cette tutelle a perdu son importance. L'intervention des tuteurs pouvait être utile, soit à titre de conseil, soit comme instrument de surveillance, soit comme une garantie pour les tiers. Il est probable, enfin, que l'idée de soumettre les femmes à une tutelle s'effaça de plus en plus, lorsque Théodose et Valentinien eurent déclaré les mères capables d'exercer la tutelle vis-à-vis de leurs enfants. Le christianisme a certainement favorisé cette révolution ; cependant, il est facile d'appliquer ce texte, sans changer *sustinet* en *sustulit*, comme on l'a proposé. Mais en admettant même le *sustulit*, le point capital reste à l'abri de tout doute.



dant le souvenir, et peut-être la pratique de la tutelle des femmes, existait encore dans la Gaule méridionale au moment de l'invasion des barbares. L'*epitome* visigothique de Gaius a supprimé toute mention de la *tutela muliebris*; mais les ouvriers d'Alaric avaient trouvé Gaius en plein honneur dans le Midi. Plusieurs constitutions impériales<sup>1</sup> parlaient de la tutelle des femmes; et dans les fragments d'Ulpien qu'il avait sous les yeux, Anien rencontrait une exposition de règles pareilles à celles de Gaius sur cette matière. Le célèbre manuscrit du Vatican, *Olim Christinae reginae*, n° 1128, qui contient le *Breviarium*, avec les fragments d'Ulpien et plusieurs lois barbares, est du dixième siècle, et a été écrit probablement dans la Gaule méridionale. Ainsi donc, la tradition de cette *tutela muliebris*, dans laquelle les bandes guerrières du Nord ont respecté l'analogie du régime romain avec leur *mundium*, perpétuel aussi, de la femme germanique, s'est continuée dans notre France, et j'en ai la preuve évidente dans nos anciennes coutumes méridionales. Les anciennes coutumes de Bordeaux, du treizième siècle, comme on sait<sup>2</sup>, en ont un chapitre spécial, dans lequel on peut reconnaître la tradition romaine mêlée à celle du *mundium* germanique.

Ainsi la tutelle perpétuelle des femmes n'a pas disparu; elle n'a pas fait chute, à vrai dire. Elle a été gardée, quoique altérée, dans les provinces et colonies, où le droit primordial de la mère patrie est toujours plus persistant que dans la métropole; l'invasion germanique l'a même respectée.

Mais ce qui a complètement disparu, c'est l'*optio tutoris*. Avant la découverte de Gaius, nous n'en savions presque rien. Dans les manipulations juridiques de la période impériale et de l'époque barbare, il n'en est pas resté un seul mot, un seul vestige, et je défie M. Asher d'indiquer où son prétendu fabricant en aurait pu prendre la notion détaillée. Aucun monument du moyen âge n'en a gardé la trace. C'est qu'en effet la *tutoris optio* était devenue impossible le jour où la *manus* avait cessé d'exister. La *tutoris optio* n'avait d'autre cause vitale que la *manus*, puisqu'elle ne pouvait dériver que d'une disposition testamentaire émanée de l'époux ayant la *manus*. Or, on sait que l'acqui-

<sup>1</sup> Voir la *Const.* 2, au Code Théodosien, *De tut. creand.*

<sup>2</sup> Voir §§ 64, 66 et 241 de l'édition des frères Lamothe, t. I, p. 46, 47 et 146. La tutelle des impubères est réglée en un chapitre différent.

sition de la *manus*, de la puissance civile de l'époux, était la conséquence ou d'une cérémonie religieuse (la *confarreatio*) qui accompagnait souvent le mariage, ou de la *coemptio*, ou de l'*usus*, espèce d'usucapion résultant d'une possession non interrompue de la femme par le mari, pendant un an. Quant à la *confarreatio*, si l'on compare les témoignages de Cicéron, de Tacite et de Gaius, on sera convaincu que, déjà rare au temps du grand orateur, elle a presque cessé d'être en usage sous les empereurs. Au temps de Gaius, elle ne se pratiquait plus qu'à l'occasion du mariage des grands Flamines. La *coemptio* a duré plus longtemps. On la retrouve encore mentionnée comme existante, dans les ouvrages de Gaius et d'Ulpien. Elle tomba bientôt en désuétude, et l'on n'en voit plus de trace dans les constitutions impériales dont la réunion forme le Code Théodosien. Enfin l'*usus*, ou l'acquisition de la *manus* par usucapion, était déjà tombé en oubli du temps de Gaius. Le jurisconsulte dit, à son sujet : *sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*. Des causes juridiques qui seules produisaient la *manus*, l'une a donc disparu peut-être dès l'âge de Tibère; l'autre n'existait plus au temps de Gaius; et la dernière a tout au plus prolongé sa vie jusqu'à la fin du troisième siècle, car probablement les chrétiens de l'Empire ont dû, de tous les temps, s'abstenir de la *coemptio*. Ces causes d'existence ayant cessé d'agir, la *manus* a dû disparaître; et, par sa disparition, elle supprimait la possibilité de la *tutoris optio*, soit au point de vue de l'élection directe du tuteur par la femme, la véritable et pure *tutoris optio*, soit au point de vue de la procédure usitée *tutoris mutandi causa*.

La désuétude de l'*optio*, directe ou indirecte, a donc évidemment précédé la désuétude complète de la *tutela muliebris*. Il est impossible d'indiquer un monument littéraire ou autre, qui ait pu inspirer l'idée d'en parler à des fabricateurs d'inscriptions au seizième siècle. Il est vrai que M. Asher échappe à la difficulté en alléguant l'existence et la destruction d'une table originale que le fabricant aurait mise à profit pour consommer le faux. Je me trouve, pour prouver le contraire, dans l'embarras véritable de celui qui veut montrer qu'il ne fait pas nuit en plein midi, et je l'avoue à M. Asher, qui m'excusera de ne pas le suivre dans l'examen de suppositions aussi chimériques. Des



textes? Il n'y en a nulle part. L'induction historique? Pas davantage. J'expliquerai facilement les coutumiers germaniques, analogues aux *Etablissements*. Mais quelle explication était possible pour le faussaire si habile et si instruit qui aurait rédigé les Tables de Malaga? En pays romain, comme l'Espagne, l'*optio tutoris* n'était possible et supposable qu'en faveur de la femme *in manu*. Le droit romain était aussi connu et cultivé en Espagne, au seizième siècle, qu'en aucun autre pays de l'Europe. Or, la théorie la plus élémentaire de la pupillarité romaine se refusait à l'imagination que suppose M. Asher. Était-ce aux contemporains et aux compatriotes de Govéa et d'Antoine Augustin qu'on eût osé présenter de pareilles rêveries?

Comment, je vous prie, aurait procédé le pupille mâle pour faire option de tuteur? La lui aurait-on donnée pendant l'*infantia*, ou après seulement? Aurait-on exigé que le père l'eût octroyée par testament? La lui aurait-on donnée *de plano*, et abstraction faite de toute licence du père testateur? Comment espérer de faire accepter ce roman aux érudits bien avisés d'un siècle si fécond en romanistes? Je sais bien qu'on pourrait alléguer que l'accès du prétoire n'était point interdit au pupille romain. Mais dans quel cas? Lorsque ce dernier s'y présentait *tutore auctore* pour accomplir un acte de procédure; lorsque le magistrat l'interrogeait, ou l'écoutait, pour apprécier une adoption dont l'avantage était problématique, ou pour sanctionner une émancipation qui pouvait lui être préjudiciable: car l'émancipation romaine était aussi bien un châtiment qu'un bienfait. Mais l'*optio tutoris* pour tous les pupilles indistinctement, personne alors n'y eût rêvé, puisque le souvenir de l'*optio tutoris*, de l'*optio* normale, était complètement perdu, depuis bien des siècles. L'hypothèse de M. Asher est donc inadmissible.

Je ne répondrai pas à l'argument réchauffé que M. Asher a tiré de l'irrégularité, ou de la singularité de certaines abréviations, ou de certaines coupures de mots, sur les Tables de Malaga. Aux yeux des épigraphistes, de pareilles objections ont, en général, peu de portée. M. Zell avait déjà signalé certaines coupures, les mêmes que M. Asher, et s'en était peu préoccupé. Rien n'est plus variable et moins régulier, en effet, que les habitudes des graveurs d'inscription, à cet égard. Voilà de curieuses inscriptions que M. Engelhart, commissaire français pour



la navigation du Danube, a relevées dans l'ancienne Mœsie, principalement sur les ruines de Troesmis. Envoyées à notre Académie des inscriptions et belles-lettres, elles ont été l'objet d'un savant rapport de M. Léon Renier. A l'occasion de l'une d'elles, M. Renier, qui a reproduit la photographie du monument, fait cette remarque : « Les mots, dans cette inscription, sont abrégés d'une manière très-irrégulière ; CAE, LE, CANABE, pour CAES., LEG., CANABENS. (*Cæsar, Legio, canabenses*), sont des abréviations qu'on ne se serait pas attendu à trouver sur un monument élevé par une autorité publique, sous le règne d'Hadrien, etc. » Et cependant M. Renier se garde d'en conclure la fausseté de l'inscription. Ce que j'ai dit de ces irrégularités, je le répéterai des erreurs, souvent grossières, des graveurs. Il n'y a pas de bronze, il n'y a pas de marbre antique qui n'en fourmille. On peut voir au n° 4035 d'Orelli, une inscription gravée, à coup sûr, par l'ordre d'un municipe napolitain, où se lit : *Balerio* (pour *Valerio*) *viro splendido, cui jamdudum secundum voces* (pour *voces*) *populi, et voluntatem* (pour *voluntatem*) *onor patronatus oplatus est* (pour *oblatus est*). Le graveur était quelque misérable esclave grec ou gascon. Lorsqu'on découvrit l'inscription de l'édit des *Vanacini*, on cria au faussaire, parce qu'on n'y pouvait tout expliquer. Les découvertes postérieures, de Marini et d'autres, ont authentiqué le monument (Orelli, n° 4031). La loi de la Gaule cisalpine a révélé aussi des nouveautés en tout genre; elles sont aujourd'hui dans le domaine commun de l'épigraphie. Les ouvriers des anciens ne comprenaient pas, le plus souvent, ce qu'ils gravaient. Leur intelligence se perdait au milieu des abréviations qui leur étaient imposées. Je citerai le célèbre marbre de Thorigny, qu'on regrette de ne pas trouver dans la collection de MM. Orelli et Henzen, et dont M. Mommsen a fourni un excellent texte à M. Zell, d'après la recension soigneuse d'un épigraphiste français<sup>1</sup> : il est couvert d'abréviations et de signes inintelligibles. En fait d'incorrection ou de singularité, il faut s'attendre à tout, dans les inscriptions antiques. L'absence même de toute incorrection serait une singularité. Je donnerai un dernier exemple que j'emprunte au commentaire judicieux du P. Garucci sur la *Tabula Boëbiana alimentaria*. Le

<sup>1</sup> Voir Zell, Appendice à son *Handbuch der röm. Epigraph.*, p. 21-22.



graveur avait charge de faire entrer dans un espace limité, celui d'une pierre carrée, ornée d'un filet, la relation d'un testament. Voici comment il a rempli sa tâche :

VEDIUS PRISCUS<sup>1</sup>

FECI HEREDES FILIOS A VES  
SIS<sup>2</sup> QUI NOMEN MEUM  
TULERINT, CUM NEPOT  
ES<sup>3</sup> EORUM HORTUM<sup>4</sup>  
TABERNAM CENACU  
LUM QUOD SI ANIMA

LIUM (pour *quod si humanitas*) FILIS MEIS ALIQU<sup>5</sup>.

Et la pierre n'en pouvant contenir davantage dans son encadrement, le graveur en est resté là, sans relater les substitutions qui suivaient. Il y avait pourtant ici une importance d'intérêt privé, d'aussi grande considération que l'importance d'intérêt municipal. Les coupures qui paraissent singulières à M. Asher n'étaient déterminées que par l'espace libre ou occupé, qui se présentait au ciseau du *lapidarius*. L'arbitraire ou la nécessité matérielle gouvernaient la main, en cette matière. Je m'en réfère, pour le surplus, aux raisons indiquées dans mes *Tables de Salpensa et de Malaga*.

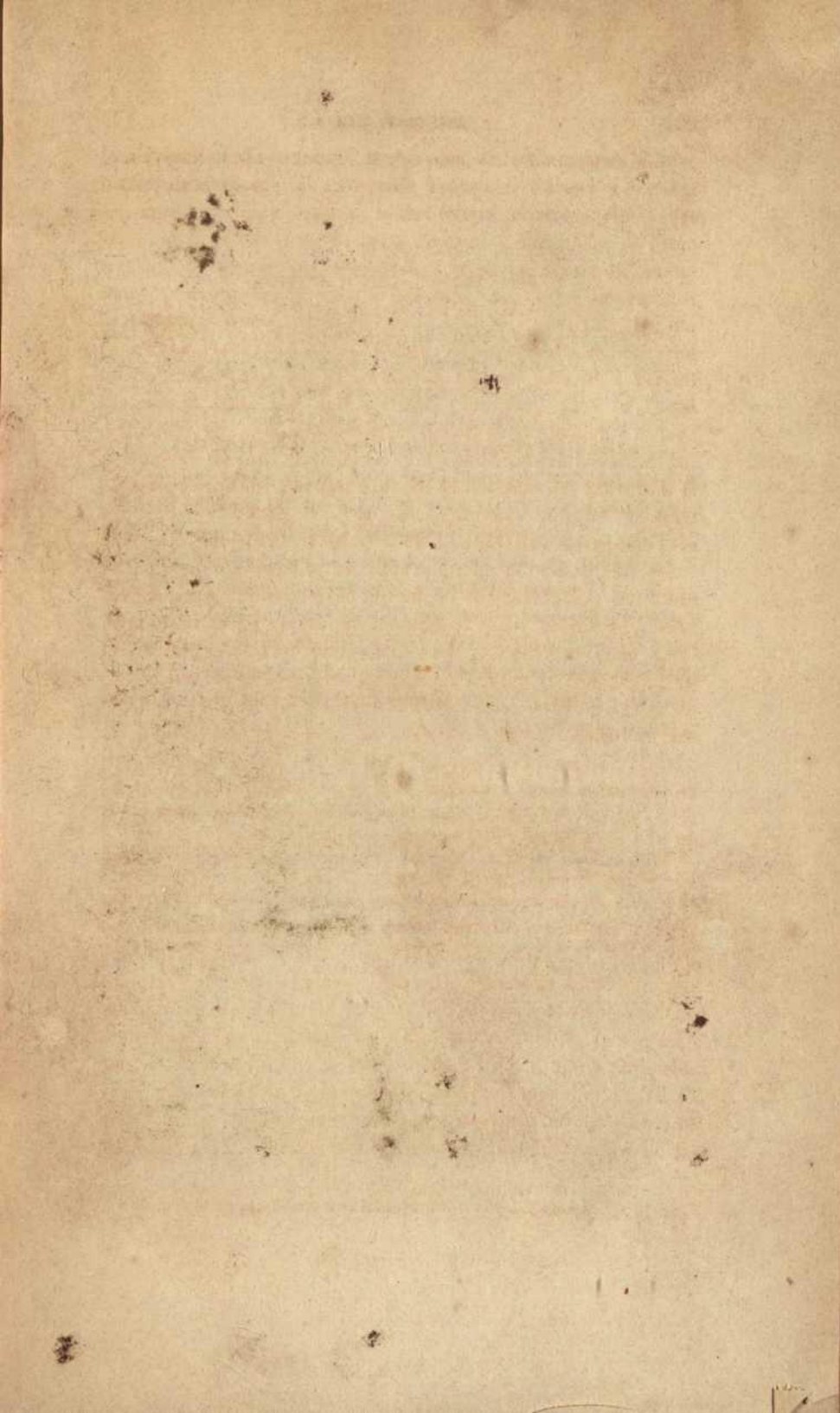
<sup>1</sup> Personnage connu de Bénévent.

<sup>2</sup> *A vessis* pour *a Besse*, dont le graveur, grec ou gascon de naissance, aussi, comme l'autre, n'a pas compris le sens.

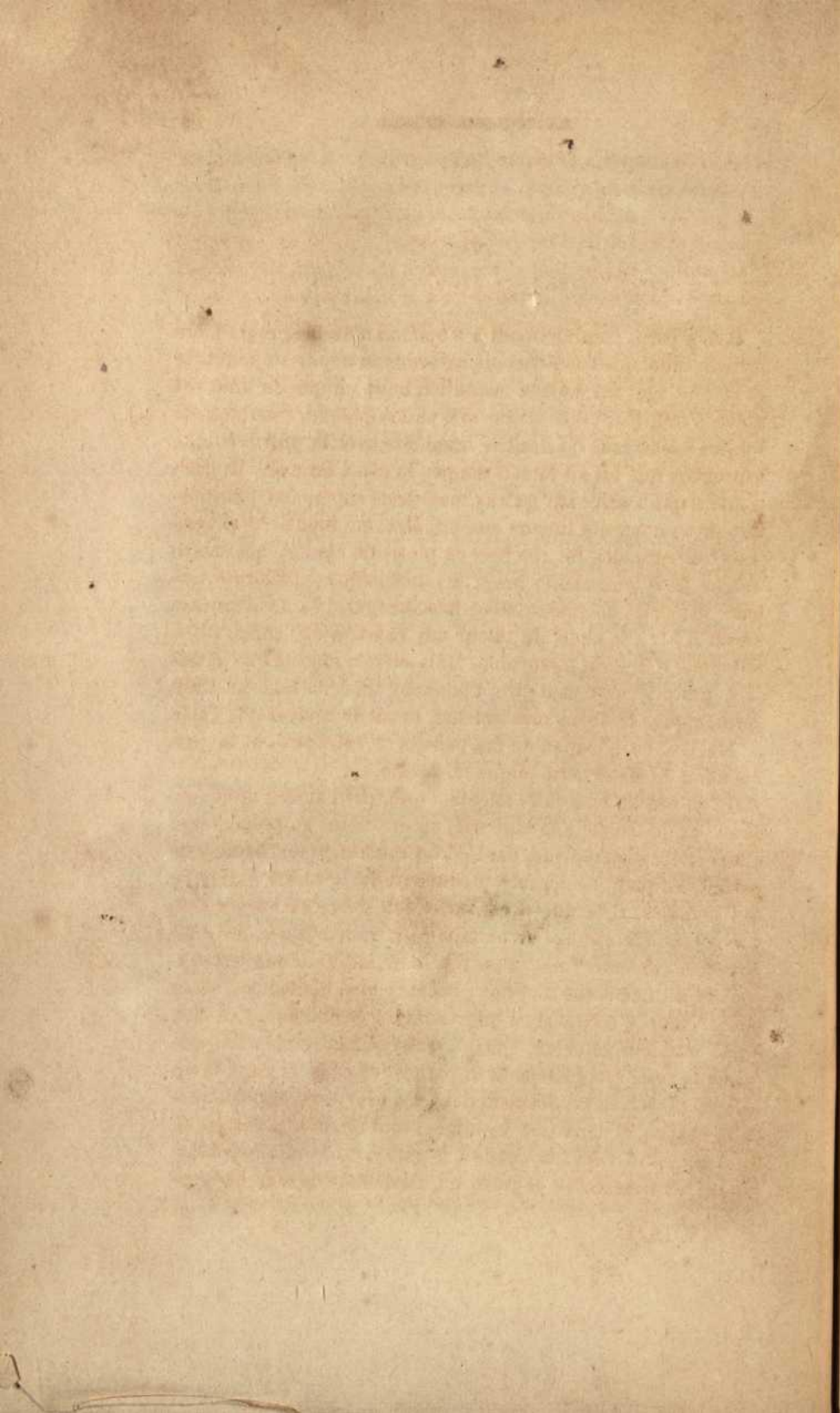
<sup>3</sup> *Nepotes* pour *nepotibus*. On trouve *poniret* pour *poneret*, sur une inscription de Pompéi. (Orelli, n° 5022.)

<sup>4</sup> Solécisme grossier, qui devait être sur la copie.

<sup>5</sup> Cette inscription avait été transmise à Marini, qui avait signalé son incorrection. M. Henzen lui-même n'avait pas soupçonné l'a *besse* de l'ingénieux P. Garucci.







## II

Il m'a paru, contrairement à l'opinion d'un bien regrettable jurisconsulte, que l'*optio tutoris*, accordée au pupille de tout sexe et de tout âge, eût été une institution antipathique au droit romain, à cette législation si sage et si philosophique, dans laquelle l'esprit scientifique du droit se manifeste avec la plus éclatante expression que lui ait jamais donnée le génie humain. Le droit romain, qui n'accordait qu'aux magistrats supérieurs l'attribution de nommer des tuteurs aux pupilles, qui rendait les magistrats responsables de ce choix en plusieurs cas, et qui faisait refluer la responsabilité jusqu'aux magistrats subalternes, auteurs des listes de présentation (*nominatores*) ; le droit romain aurait-il livré le choix du tuteur aux caprices de l'enfant ! Une telle folie m'a paru incroyable. Mais on m'a objecté que je faisais, gratuitement peut-être, l'honneur de cette folie au droit germanique. Je dois à mes lecteurs, avant de revenir à la Table de Malaga, l'explication de ma pensée, à cet égard, et la justification du droit germanique lui-même.

Qu'on veuille bien faire attention que, par l'ancien droit germanique, je touche à la barbarie, ou au moins au premier âge d'une civilisation ; et que, par le droit romain, je touche au plus parfait, au plus mémorable monument de la raison juridique des hommes. Cela dit, il est impossible de ne pas reconnaître que cet article étrange et parfaitement authentique, des *Établissements de saint Louis*, nous révèle un fait anormal, qui suppose évidemment une tradition plus ancienne. Seulement, selon moi, il faut y reconnaître une tradition germanique, au lieu d'une tradition romaine. Quelle vraisemblance, en effet, que l'*optio tutoris*, complètement disparue des pays de droit écrit, se soit conservée précisément dans les provinces germaniques de la France, et dans une hypothèse tout opposée à l'esprit du droit romain ? Ceci me conduit à parler de la tutelle germanique ; je me donnerai, je crois, ici, l'avantage de marcher con-



stamment avec des preuves qu'approuve la critique, et j'espère en tirer une conclusion qui porte la lumière sur un point obscur de notre ancienne histoire juridique elle-même.

Les lois qui règlent la tutelle, chez les peuples civilisés, s'accordent, en principe du moins, sur le but à atteindre, qui est la protection des incapables, c'est-à-dire des êtres auxquels la faiblesse de l'âge, ou l'infirmité de l'esprit, interdit l'accès de l'activité civile. Mais, quant à la règle d'après laquelle ces mêmes lois ont déterminé la cessation de la tutelle, une remarquable divergence se produit dans leurs dispositions; et, en effet, la fixation du terme précis où doit finir la tutelle se lie nécessairement aux circonstances du climat, des mœurs privées, des institutions politiques, et même aux idées morales et philosophiques de chaque peuple.

Dans l'antiquité classique, grecque et romaine, l'époque où l'homme reçoit de la nature la faculté de se reproduire a été la limite de la protection tutélaire. L'aptitude physique au mariage avait paru suffisante pour attribuer au pubère la capacité civile et même politique; et il est évident que l'appréciation physiologique de l'individu devait prédominer dans la détermination de cette époque, à l'occasion de laquelle se produisait une question, qui a beaucoup préoccupé les anciens, longtemps indécis entre le système d'une présomption légale et générale, fondée sur un âge préfix, et le système de la réalité individuelle, fondé sur l'examen des facultés personnelles. La politique des familles et la politique de l'État se rencontraient avec le naturalisme antique, pour exercer une influence décisive sur la solution de ces questions délicates, et sur la diversité de leurs applications.

D'autres lois, sous l'inspiration d'une philosophie plus pure et plus élevée, et de ce nombre est notre loi française, ancienne et moderne, ont donné le pas à l'intelligence sur la puberté, pour la collation des capacités civiles; et ont fixé la maturité morale, d'après une présomption absolue, acquise par l'échéance seule d'un âge précis, et en vertu de laquelle une limite invariable sépare la période légale de l'incapacité, de la période où l'individu jouit de tous les droits auxquels il peut prétendre.

Dans une civilisation moins avancée, d'autres peuples ont subordonné à des idées appropriées aux nécessités de leur situa-

tion sociale, la cessation de la protection publique ou domestique accordée au pupille. L'émancipation précoce de l'enfant, et l'indépendance prématurée de l'adulte, sont un trait de mœurs de la vie errante. Dans cette condition, la faculté reproductive est de considération secondaire, et le développement de l'intelligence n'est envisagé qu'au point de vue des besoins de la vie matérielle. L'enfant est élevé pour chercher fortune le plus tôt possible. De bonne heure il se détache de la famille, et sa participation à la vie publique se mesure sur son industrie ou sur son aptitude à remplir la destinée qui lui est marquée, dans les armes, dans le trafic ou dans les travaux rustiques. La rudesse des épreuves est une loi de l'éducation, et aussitôt qu'elles ont pu s'accomplir, l'enfant est livré à lui-même. Tel a été le point de départ et le principe du droit germanique. Il a gardé son empreinte primitive, dans toutes ses applications ultérieures, dans les phases multipliées de son développement, et dans les formes subséquentes de sociabilité auxquelles ses justiciables ont été soumis. De là vient la diversité profonde qu'on remarque entre la théorie des tutelles germaniques et la théorie de la tutelle romaine. Entrons dans quelques détails.

Tacite et César, qui n'avaient observé que les bandes guerrières des Germains, ou les tribus établies au voisinage du territoire de l'empire, signalaient déjà, de leur temps, ces traits caractéristiques de la famille germanique : traits qu'on trouve indiqués dans les coutumes contemporaines des invasions, et dans les lois écrites des grands États, fondés par les peuples teutoniques après la chute de l'empire romain. Il n'y avait pas chez eux d'âge précis qui déterminât la majorité civile. La prise d'armes, la possibilité éprouvée de les porter, l'admission de l'adulte dans la troupe guerrière : telles sont les conditions de la capacité légale. C'est la robe virile de ces peuples : *hœc toga*, dit Tacite. Le christianisme, planant sur ces idées premières de philosophie sociale, en a tempéré la dureté originaire, par le sentiment pieux de l'intérêt qu'inspire le pupille. La loi de Dieu avait dit : « Vous ne nuirez à la veuve ni à l'orphelin. » La loi romaine, comme les coutumes germaniques, ont reçu l'influence bienfaisante de ce précepte de charité généreuse ; mais les germes de chaque législation ont gardé leur nature propre et leurs produits vivaces, divers comme leurs principes, ont résisté, sous



tous les climats, à l'action du temps comme à l'action des hommes. La lutte constante établie, dès les premiers siècles, entre l'esprit romain et l'esprit germanique, et la victoire obtenue, en fin de cause, par la doctrine chrétienne sur les coutumes des barbares, n'ont pu en effacer la trace.

La tutelle germanique est à considérer d'abord dans la période qui s'étend depuis les invasions jusqu'à la rédaction des coutumes féodales (les *Libri feudorum*, les *Assises de Jérusalem*). Un simple coup d'œil nous suffira pour en apprécier le caractère, à cette époque. Je laisse de côté le phénomène de la conquête, car je ne veux pas faire un livre à l'occasion d'une demi-page d'un autre livre. Il m'est impossible toutefois de ne pas signaler l'importance de cet événement, qui transforma les deux sociétés, germanique et romaine, dans toutes leurs manifestations : dans les lois, les mœurs, les lettres et les arts. La conquête plia les Romains à la personnalité germanique, et les Germains à la territorialité romaine. La fusion s'est réalisée dans le vasselage ; mais la transition fut lente et graduelle. L'influence morale des Romains, considérable dans les premiers temps mêmes de l'invasion, dut naturellement décroître à mesure que la conquête se consolida ; et l'institution germanique prit bientôt librement son essor de supériorité, pour le perdre plus tard à l'époque où se produisit la réaction de l'esprit contre la force. La jurisprudence et les coutumes juridiques ont suivi ce courant général.

Les Germains n'étaient ni propriétaires ni agriculteurs : les peuples errants ne peuvent pas l'être. Ils ne subsistaient que par les armes ou les pâturages, la chasse ou la guerre ; ils habitaient de sombres forêts, ou vivaient de leurs pacages. Dans cette position sociale, ils avaient peu d'intérêts fonciers ; les relations personnelles étaient tout. Les rapports de tutelle et de minorité se réduisaient donc à la protection de l'enfant, et à l'indépendance de l'adulte, lorsque ce dernier arrivait à l'âge où l'homme pourvoit lui-même à ses besoins et peut défendre sa personne. Avec la propriété vinrent les intérêts conservateurs qui compliquent la question de la protection tutélaire. Les Germains empruntèrent d'abord aux Romains quelques usages juridiques, à cet égard ; et d'autant plus fut puissante l'influence romaine, d'autant plus les emprunts à la loi romaine furent considérables. La loi wisigothique en est la preuve. Mais la longueur du no-

viciat pupillaire des Romains étonna les peuples germaniques ; car, en y comprenant la curatelle<sup>1</sup>, que ceux-ci n'admirent jamais, ce noviciat semblait durer jusqu'à vingt-cinq ans. Aussi donnèrent-ils la préférence au principe canonique, d'après lequel la moralité des actions, au point de vue du péché, se mesurait sur l'intelligence de l'agent : principe qui, du reste, n'était pas étranger à la théorie de l'imputabilité romaine. Les Germains reconnurent donc, avec l'Église, des *anni discretionis*, pour le civil, et ils donnèrent un effet juridique au serment corroboratif du pupille qui avait dépassé l'*infantia*, à l'instar du serment du majeur. D'après la *Lombarda*, l'âge suffisant pour s'obliger par serment était acquis après sept ans ; à douze ans, l'enfant pouvait valablement concourir, avec son père, à l'aliénation d'un bien héréditaire ; et à dix-huit ans il avait, isolément de son père, la capacité d'aliéner, *legitima ætas*<sup>2</sup>. Ainsi les Germains ont abaissé l'âge des majorités romaines. Ce droit a duré, en Italie, jusqu'à Frédéric II<sup>3</sup>. Dans une multitude de chartes gallo-franques, des périodes mérovingienne et carlovingienne, interviennent des enfants, qui souscrivent les *traditiones*<sup>4</sup> de biens qui étaient censés appartenir à la famille plutôt que propres au père et à la mère.

Le point de départ du droit germanique était, en ce qui touche la durée du pouvoir tutélaire, la considération des besoins ou de la destination du pupille, comparés avec les moyens qui pouvaient y satisfaire. C'était le simple droit de nature. Partant de cette idée fondamentale, on devait arriver non à l'unité de règle, mais à la variété des usages. Les lois des diverses tribus devaient être différentes ; et dans chaque tribu

<sup>1</sup> *Curatela ignota*. Stiernhook, *De leg. suseo-gothicis*, II, 2.

<sup>2</sup> Voir *Die LOMBARDA Commentare des Aripand und Albertus*, édit. A. Anschütz, Heidelb., 1855, in-8. (p. 130 et suiv.). — Cf. la loi de Luitprand, dans *Leges Longobardorum*, fol. LXVI, verso et suiv. (édit. de Nic. Boyer, 1512), et fol. LXXXVIII, verso.

<sup>3</sup> Voir les *Constit. regni neapolitani*, édit. de 1537, fol. 100 verso, et *ibi glosam*.

<sup>4</sup> Voir les *Traditiones* de Weissenbourg, publ. par Nic. Zeuss ; les *Chartes bourguignonnes*, de Ch. Garnier, les Chartes de D. Vaissette, dans l'*Histoire de Languedoc*, et tous les anciens Carulaires. Le principe y est le même que dans la *Lombarda* : l'enfant mineur *patri alienanti recte consentit*. La majorité militaire était plus reculée, parce que l'aptitude physique au maniement des armes se développait plus tard.



même, il devait y avoir diversité de pratique, selon que le pupille appartenait à une condition subordonnée, comme celle des *Lites*, ou à une classe supérieure, comme celle des *Adalingi*; ou bien encore selon que le pupille appartenait à la *gemeinde*, ou à la bande guerrière, à la tribu militante. Un géographe ancien nous parle de la *longa pueritia* qu'il a observée chez les tribus guerrières des frontières germaniques<sup>1</sup>. La loi wisigothique exigeait vingt-cinq ans d'une classe supérieure<sup>2</sup>. L'ancienne loi de Goslar reculait même à trente ans une majorité<sup>3</sup> seigneuriale. La compilation du Miroir de Souabe constate de vieux usages qui portaient la majorité militaire tantôt à dix-huit et tantôt à vingt-cinq ans; mais avant qu'on eût fixé un âge déterminé, la règle était, selon le Miroir de Saxe, que celui-là était majeur, c'est-à-dire pubère, dans le sens romain et civil du mot, qui, ceint d'une épée, armé d'une lance et chargé de son écu, pouvait sauter sur un cheval et galoper deux heures dans cet équipage<sup>4</sup>; cette disposition a été interpolée plus tard dans le Miroir de Souabe. Les lois salique et saxonnes<sup>5</sup> indiquaient la puberté juridique, c'est-à-dire le *jus standi in judicio*, à douze ans; la loi des Ripuaires à seize ans<sup>6</sup>, et la vieille coutume de Champagne avait retenu la majorité noble à quatorze ans<sup>7</sup>; tandis que les anciennes coutumes angevines et normandes la reportaient jusqu'à vingt et un ans<sup>8</sup>: âge qui devint une sorte de loi générale, lorsque les coutumes de la chevalerie eurent établi qu'on était reçu chevalier à vingt et un ans. La présomption légale de force suffisante fut ainsi fixée, par application du principe romain qui

<sup>1</sup> Pomp. Mela, III, cap. III; et Clavier, *German. antiq.*, I, 21.

<sup>2</sup> *Lex Wisig.*, IV, tit. III, §§ 1 et 4.

<sup>3</sup> Voir Leibnitz, *Scriptor. Brunsvic.*, III, p. 470.

<sup>4</sup> Voir Daniels, *De Saxonici Speculi orig.*, p. 34.

<sup>5</sup> XXIV, § 1, édit. de Merkel; cf. avec *Copit.* de 819, Pertz, I, 225; et Homeyer, *Sachs. Spieg.*, art. 26.

<sup>6</sup> *Lex Ripuar.*, tit. LXXIX ou LXXXIII; cf. avec *Établissements de saint Louis*, I, 142. — Toutes les coutumes d'origine ripuaire avaient gardé cette majorité, pour les nobles.

<sup>7</sup> Voir *Li droit et li coutumes de Champaigne, et Brie, que li roys Thiebautz établi*, art. 5; et Pithou, sur la Coutume de Troyes, p. 83, édit. de 1630.

<sup>8</sup> *Age de pouvoir combattre, par la coust. anc. de France, est à 21 ans.* Texte cité par Pithou, *ibid.*, p. 86; cf. avec les anciennes Coutum. d'Anjou et de Normandie.

avait substitué l'âge présomptif à l'âge positif de l'aptitude virile.

Mais malgré ces invasions du Romanisme, il reste dans le droit germanique une originalité de principe et même une certaine unité de pratique fort remarquables. Nous en trouvons la preuve démonstrative, en comparant les systèmes respectifs de l'un et de l'autre droit, sur l'organisation de la famille, sur la théorie générale de la tutelle, et sur les aptitudes afférentes à chaque âge.

FAMILLE. — La république romaine était une association de chefs de famille. Le chef, ou le père, est magistrat domestique; il a la police de sa race, *potestas*; sa puissance est perpétuelle, et la mère n'y succède jamais. Il gouverne les biens à son gré, sous le contrôle supérieur de l'État, *nam reipublice interest neminem re sua male uti*. C'est sur cette base qu'est constituée la famille romaine, qu'est fondée la *patria potestas*, et que s'élève la tutelle. Dans la famille germanique, il ne s'agit plus de chef civil, mais de père naturel, et celui-ci n'est pas magistrat; il n'est que protecteur, et dès que la protection n'est plus nécessaire, la relation juridique cesse, puisqu'elle n'a plus de cause réelle. L'expression de ce principe se retrouve avec une pureté remarquable dans la vieille compilation du Kayserrecht<sup>1</sup>, et se rencontre avec la même fidélité dans les plus antiques coutumiers du moyen âge. Les conséquences en étaient simples et logiques. La relation de père à fils, suffisante pour motiver le *mundium*, ne suffisait pas pour en démontrer l'existence. Un simple fait matériel avait bien plus d'autorité : savoir, la cohabitation. Père et fils habitaient-ils ensemble ? Ce fait prouvait la nécessité ou la convenance du *mundium*, et le résultat juridique était produit. Un fait en sens contraire, la séparation, prouvait que le *mundium* n'existait pas, puisqu'il n'était pas nécessaire. A défaut du père, la mère a le *mundium*, sous les mêmes conditions. Le fils vivant avec le père est dit être *in manupastu patris*; le fils séparé s'appelait *extrafamiliatus*. On retrouve ces qualifications partout où la race germanique a pénétré; elles existent

<sup>1</sup> Voir les textes dans Senkenberg, *Corp. jur. germanici*, et la préface de l'éditeur, p. LIV, n° 66. — Heineccius, malgré l'influence qu'il subit, à son insu, des idées romaines, est tout aussi catégorique, sur le principe essentiel de la famille germanique. *Antiq. german.*, t. III, *passim*.



encore dans les lois sueo-gothiques<sup>1</sup>. Bracton et Cowell en donnent le témoignage précieux pour les lois anglo-normandes<sup>2</sup>, et le Landrecht de Saxe en garde un souvenir fidèle. Dans le vieux duché de France, Rigord ; pour l'ancienne Bourgogne, Pérard, nous ont transmis les mêmes renseignements<sup>3</sup>. On sortait même volontairement de la famille entière, *parentela*, et par conséquent de ses responsabilités, comme on sortait de la maison paternelle ; les lois barbares nous en fournissent la preuve authentique<sup>4</sup>. En un mot, l'indépendance de l'individu n'avait d'autre limite légale que l'indépendance d'autrui ; et le droit ne rencontrait d'autre obstacle que le droit. Tel est l'esprit germanique. Ce droit a été le nôtre au moyen âge. On disait : *rompre le fust*, selon Pithou, quand on brisait tous les liens de la famille ou de l'amitié<sup>5</sup>. Enfin, il n'était pas besoin d'une séparation de fait pour séparer légalement le père et le fils. Si, sous le même toit, le père avait départi une part du patrimoine à son fils, cette *démission préventive*, transportée plus tard des mœurs germaniques dans les mœurs françaises, émancipait le fils du *mundium* paternel<sup>6</sup>. Les deux Miroirs de Saxe et de Souabe et l'ancien *jus Lubecense* en ont gardé la tradition<sup>7</sup> importante et précise. Du reste, la famille germanique était limitée, dans ces temps reculés, à des degrés très-rapprochés<sup>8</sup>. Les lois des Francs,

<sup>1</sup> Voir Stiernhook, *loc. cit.*, p. 172. — *Separatio fiebat, simul ac ejus ætatis essent, ut suis præessent penatibus. Causa enim potestatis illius erat educationis onus, quo cessante et illam, cessare debere existimabant.* Heinecc., *Antiq. german.*, III, p. 372.

<sup>2</sup> Bracton : *Foris familiare... secundum quod antiquitus fieri solet*, lib. I, cap. x (édit. de 1569). — Cowell, *Instit. juris anglie.*, tit. XII : *Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*, et tit. IX : *De patria potestate*. On sait que Cowell est fort suspect de romanisme, et il en a subi la peine. Son autorité a d'autant plus de prix pour nous.

<sup>3</sup> Voir le *Sachsenspiegel*, *Landrecht*, I, 13, Homeyer. — Rigord, *Ad ann.* 1188, dans le *Recueil* de D. Bouquet ; — Pérard, *Recueil des chartes de Bourgogne*, p. 298 et suiv.

<sup>4</sup> Loi salique, tit. LXIII : *Si quis de parentela se tollere voluerit..., quatuor fustes alinos... super caput frangat*, etc.

<sup>5</sup> Pithou, *Glossar. ad leg. salic.*, tit. cit.

<sup>6</sup> Voir la loi des Bourguignons, I, § 2 ; la loi des Ripuaires, LIX, § 9, et les formules connues, sur ce sujet. Ce mode de séparation, par assignation entre-vifs d'une part de la fortune paternelle, était usuel chez les Francs.

<sup>7</sup> Voir Heinecc., *Antiq. german.*, III, p. 381 et suiv., où les textes sont cités et réunis.

<sup>8</sup> *Pact. leg. salic. antiq.*, § 47 : *Usque ad sextum geniculum*.



des Lombards, des Bavares, des Wisigoths, ne l'étendent que jusqu'au septième degré exclusivement, c'est-à-dire qu'elles n'y comprenaient personne au-delà des issus de cousins-germains.

TUTELLE. — Nous retrouvons la même diversité d'organisation générale dans l'institution de la tutelle. En droit romain, la tutelle pupillaire ne peut s'ouvrir que par la mort du père de famille; je ne compte pas l'émancipation. En droit germanique, la tutelle est ouverte par la dissolution du mariage; car la constitution du mariage civil y est diverse aussi de la constitution du mariage romain. L'un ou l'autre des époux survivants a la tutelle de l'orphelin pupille, éloigné ou bien vivant *intra genu*. Les lois des Bourguignons et des Wisigoths en ont texte précis. La tutelle de la mère germanique est l'objet d'une faveur marquée, tandis qu'en pur droit romain cette tutelle n'existe pas. Dans le droit byzantin seul elle est l'objet d'une grâce. Cette faveur de la mère a dominé même la nécessité du service du fief. Il n'y a du reste, en droit germanique, d'autre tutelle légitime, à vrai dire, que celle de l'époux survivant ou de l'ascendant, car les autres tutelles sont réellement datives, quoique prises dans la parenté. L'oncle même doit demander la confirmation du magistrat, et nul ne peut entrer en fonctions sans en recevoir licence du jugé. C'est qu'en droit romain, ce qui domine, c'est la tutelle légitime de l'agnation, à défaut de la testamentaire. Le magistrat doit attendre d'être provoqué pour conférer une tutelle (*petitio tutoris*). En droit germanique, le magistrat est tuteur-né, tuteur supérieur de tous les pupilles de son ressort; il est chargé de pourvoir d'office à leur tutelle. En droit romain, toutes les tutelles étaient gratuites; c'était une fonction de famille ou d'État. La tutelle légalement déferée était par conséquent obligatoire. En droit germanique, la tutelle était facultative, si ce n'est pour le magistrat. Elle était, dans les cas ordinaires, rémunérée par un usufruit plus ou moins considérable des biens du pupille. Les lois des barbares, les monuments carlovingiens et les Miroirs, ne laissent aucun doute à cet égard, et nos anciennes coutumes en avaient gardé la trace. La pratique nous en est restée pour le père et la mère survivants. Dans le droit romain, on plaide et on agit contre le pupille, valablement défendu par son tuteur; en droit germanique, tout procès est impossible contre le mineur, et l'action est en suspens tant que dure la pupillarité. Enfin, conséquent avec son principe, le droit



germanique remettait en tutelle le vieillard infirme, qui avait de nouveau besoin, au terme de la vie, de l'assistance d'un protecteur, d'un *Mund*. Ainsi le décidaient le *Landrecht* et le *Weichbild* de Saxe.

Traiter ici du *mundium* des femmes serait un hors-d'œuvre. Je n'en parlerai que pour faire remarquer combien les analogies sont trompeuses. Qui ne croirait, à lire la loi des Lombards<sup>1</sup> à ce sujet, que les Germains ont emprunté au droit romain la tutelle perpétuelle des femmes? Et cependant, il est bien démontré que ce *mundium* de la femme est de pure institution germanique. Je ne mettrai pas même la thèse en discussion<sup>2</sup>.

FIN DE LA TUTELLE. — La même diversité fondamentale se manifeste entre le droit romain et le droit germanique, touchant la fin de la tutelle, *ex parte pupilli*, pour autre cause que la mort; et nous abordons ici la question la plus délicate de notre sujet. Heineccius, qui a si nettement et si correctement traité les autres parties de cette matière, est sur ce point dans un nuage d'incertitude. Il entrevoit la vérité, puis aussitôt elle lui échappe et l'illusion l'entraîne. L'idée romaine de puberté le préoccupe, et il cherche, dans le droit ancien de son pays, ce *criterium* de la majorité civile, qui est tout à fait étranger aux mœurs natives et à l'esprit original de la Germanie. La théorie civile de la puberté a pénétré, il est vrai, dans les lois des barbares, et surtout dans la compilation ou le remaniement des Miroirs; mais il est évident que les praticiens allemands du moyen âge ont cédé à la même réaction romaine que nos praticiens français du treizième siècle. Thomasius l'avait bien démontré, dans ses *Selecta feudalia*, dès le commencement du dernier siècle. Lors donc que le *Landrecht* de Saxe nous parle de la puberté, de ses signes apparents, de sa vérification, et de son influence sur la tutelle,

<sup>1</sup> *Nulli mulieri... liceat... sine mundio vivere*, liv. II, tit. x. Cf. les Constit. de Frédéric II, liv. III, tit. xxx, et *ibi* la Glose ancienne.

<sup>2</sup> Voir Heinecc., *Antiq. germ.*, III, p. 434 et suiv., et Eichhorn. Il y a cependant, à mon avis, dans les anciennes coutumes de Bordeaux, un vestige bien marqué de l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes : *costuma es en Bordales, que quant alcuna piucella reman sens paire, jasia asso que sia granda, no es pas sufficienta a far sos feyts*, etc. Ce n'est pas là du droit gaulois, ou tolistoboien, que je laisse volontiers au fond de la Garonne, mais une trace visible de droit romain.

c'est moins le droit originaire de la basse Allemagne qu'il nous donne, que le droit réformé sous l'influence de l'école de Bologne, et modelé sur les écrits de Justinien. C'est une imitation ou traduction du romain, comme nous en trouvons dans Pierre de Fontaines, ou dans le *Livre de Justice et de Plet*. Ce goût d'imitation est surtout manifeste dans le vieux droit autrichien du treizième siècle, où le rédacteur de l'ordonnance ducale a copié purement et simplement le droit romain, et ses distinctions de quatorze ans pour les mâles et douze ans pour les femmes<sup>1</sup>; imitation et emprunt qui prouvent, du reste, l'absence d'ancien droit national, sur cette matière de la limite d'âge.

Heineccius lui-même reconnaît cette imitation et la signale : *Si fatendum quod res est, dit-il, omnes hi Romanos videntur imitati*. Comment le méconnaître, en effet, en présence de textes tels que celui-ci : *Gothis aetatem legitimam virtus facit, et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet tuitione vindicare*<sup>2</sup>. Ce témoignage est tellement conforme à celui de Tacite, qu'il arrache à notre auteur une conclusion digne d'être citée :

*Ergo Germani veteres tunc demum juvenes remoto tutore suis rebus invigilare permisisse videntur, quando animadverterunt eos tractandis armis sufficere. Simul ac ergo eis cingulum militare solenniter dederunt, eos etiam sine tutoribus agere voluisse videntur, parum solliciti utrum XXV aetatis annum nondum attigerint, an eandem superarint.*

Que si de cette règle, concernant la majorité militaire, nous tournons les yeux vers l'intérieur même de la tribu, nous y trouvons encore ce phénomène déjà indiqué de l'émancipation précoce de l'enfant, et de l'excitation dont il est l'objet pour qu'il cesse au plus tôt d'être à charge à ses parents. Lisons la loi anglo-saxonne : *Si vir moriatur, viventibus uxore et prole, justum est ut proles matrem sequatur, et unus paternorum suorum cognatorum voluntarius fidejussor statuatur facultates ejus conservandi, USQUE DUM DECENNIS FUERIT*<sup>3</sup>. Aussi, le droit de coaction vis-à-vis de l'enfant orphelin, au sujet de sa résidence dans la maison-maternelle, était limité à dix ans. Cette loi des Saxons était proba-

<sup>1</sup> Voir les *Reliquiae manuscript.* de Ludewig, t. IV, p. 16.

<sup>2</sup> *Edict. Théodor.* — Heinecc., *loc. cit.*, III, p. 482.

<sup>3</sup> Loi de Hloth. et Eadric, § 6. Voir Grimm, *D. R. Allerthümer*, p. 413 (édit. de 1828).



blement identique avec celle des Francs, qui ouvrât de si bonne heure l'imputabilité pupillaire. N'est-ce pas là l'origine de la maxime que nous lisons dans les praticiens anglo-normands du moyen âge, au sujet de la fin de la garde du pupille vilain ou bourgeois : « En nos estatuts, dit Britton..., nul certeyn temps n'est « limitté (*aux pupilles*)... ; mes si tost come ilz sachent descre-  
« tion de terre gayner, dras auner, et deners counter, et sage-  
« ment marchaunder, si volons que ils soient de age; et les  
« femeles, si tost come elles sevent descretion, et les ordinaunces  
« que appendent a faire en hostel <sup>1</sup>. » C'est le même principe que pour la majorité militaire; seulement, la destination de l'enfant étant diverse, il est différemment traité. Si ces textes, comme d'autres que nous indiquerons plus tard, avaient été connus d'Heineccius, ils lui auraient épargné bien des erreurs. Voilà la véritable limite de la tutelle germanique. Elle cesse lorsque le pupille est apte à la vie qui lui est destinée. Toute autre règle est de superposition romaine, notamment la distinction des âges. Les mots allemands, comme les mots français qui l'indiquent, sont littéralement traduits du latin. Dans l'ancien droit statutaire de Strasbourg, le magistrat décidait, d'après l'appréciation individuelle du pupille, s'il pouvait être livré à lui-même sans inconvénient <sup>2</sup>. Même en adoptant la limite d'âge, les rédacteurs de certaines lois barbares manifestent la contrariété qu'ils en éprouvent, et abaissent toujours la limite romaine <sup>3</sup>.

Du reste, il est juste de reconnaître que l'on rencontre dans les habitudes germaniques, et de temps immémorial, une division des premiers âges de la vie en périodes fixes <sup>4</sup>. Il est probable que l'influence chrétienne est pour beaucoup dans la détermination même de ces périodes, mais elle couvre une idée indigène. Ainsi, l'âge de sept ans est, dans les plus anciennes coutumes, une époque où la condition de l'enfant est changée. Il passe alors de la direction des femmes sous la direction des hommes, et César avait déjà vaguement indiqué ce trait de

<sup>1</sup> Britton, chap. LXVI, *De gardes*, p. 164 de l'édit. goth. de Londres, 1640.

<sup>2</sup> Voir Schilter, *Exercitat. ad Pandect.*, XXXVII, § 80.

<sup>3</sup> La loi romaine des Bourguignons prend quinze ans; la loi des Lombards reste dans le vague; d'autres lois adoptent vingt et un ans, mais tous jours pour le militaire.

<sup>4</sup> Voir Grimm, *D. A.*, édit. citée, p. 411.

mœurs<sup>1</sup>. Qui ne connaît l'âge désigné dans les diplômes sous le nom de *anni discretionis*, nom qu'on retrouve dans les coutumiers et praticiens français? Grimm parle aussi de l'âge du *mündigen*, dont la limite juridique est arbitraire et livrée aux usages locaux ou aux variétés des habitudes<sup>2</sup>. Ainsi, en quelques Coutumes, l'âge usité pour l'émancipation des femmes est porté à quatorze ans, tandis que celui des hommes est reculé à douze<sup>3</sup>. Puis vient la *perfecta ætas*. Les indications que donne Grimm, à cet égard, répondent exactement à celles de Skenée sur les coutumes écossaises, qui, comme on sait, sont d'importation normande<sup>4</sup>, et dont l'origine est analogue. Dans le *Kayserrecht*, compilation aussi ancienne au moins que les *Miroirs*, et plus répandue qu'eux dans la vallée du Rhin et du Mein, on lit ce détail curieux d'une ancienne majorité de douze ans, dont peut-être la majorité des rois de France à cet âge était une application, et dont le vestige a subsisté dans la Hesse et dans la France rhénane jusqu'au treizième siècle<sup>5</sup>, selon des témoignages irrécusables.

Avec la féodalité, l'esprit germanique se dégage de l'esprit romain et s'épanouit plus libre, dans le cercle naturel de son action. Mais l'esprit germanique a subi une notable modification sous l'influence de la propriété fixe; et s'il domine dans la transformation européenne de cette époque, ce n'est plus avec l'allure des premiers temps, quoique son caractère n'ait pas changé.

<sup>1</sup> *Nisi cum adoleverint, ut munus militiæ sustinere possint, palam ad se adire non patiuntur; similiterque in puerili ætate, publico in conspectu patris adsistere turpe ducunt.* César, *De Bell. gall.*

<sup>2</sup> Grimm, *ibid.*, p. 411 à 416. — Voir aussi Heineccius, *loc. cit.*, III, p. 487. Les traits qu'il rapporte de singulières dispositions du *Miroir* de Saxe, sont évidemment d'origine romaine; ce que les anciens compilateurs des coutumes allemandes et françaises ont emprunté aux recueils de droit romain, dès le douzième siècle, est vraiment prodigieux.

<sup>3</sup> Voir le *Kayserrecht*, part. II, chap. XVII, où il est évident que le compilateur, pour expliquer certaine majorité de vingt-quatre ans, se livre à des conjectures de pure imagination. L'empereur, dit-il, avait d'abord fixé l'âge de quatorze ans pour les femmes, et de douze pour les hommes. Ensuite, aux douze premiers ans il en a ajouté douze autres, mais on ne les observe pas.

<sup>4</sup> Voir Skenée, *Ad REG. MAJESTATEM*, p. 55 (édit. de 1613), sur le chap. XLI du liv. II.

<sup>5</sup> Cf. Dupuy, *Majorité de nos rois*, chap. I; Gudenus, *Cod. diplom.*, t. I, p. 640; et Haltius, *Gloss.*, p. 274.



Le volume anonyme *De beneficiis* est un curieux monument de l'époque de transition. Ainsi, la majorité militaire ou féodale n'y ressort point encore, aussi nettement dessinée que dans les coutumes féodales du douzième siècle<sup>1</sup>. Cependant la hiérarchie féodale y est déjà parfaitement organisée, dans ses *clypei*<sup>2</sup>; mais la majorité de douze ans y est encore debout, et le service du *beneficium*, qui n'est pas encore le fief, n'a point encore déterminé la nécessité d'une majorité plus reculée. L'adolescent de douze ans peut demander l'imbénéficiaction; le suzerain perd le revenu du bénéfice héréditaire lorsque le bénéficiaire atteint douze ans, et à cet âge ce dernier peut agir sans tuteur. Avant le *puerilem terminum*, tous les droits des pupilles sont gardés, et nul ne prescrit contre eux, tout comme dans l'ancien droit.

Mais le régime des fiefs, proprement dit, s'étant partout consolidé, en Allemagne et en Italie, sous les derniers Franconiens; en France, sous les premiers Capétiens; ailleurs, sous de hardis conquérants, derniers conducteurs<sup>3</sup> des bandes germaniques; et ces événements politiques coïncidant avec la rénovation des études juridiques et le réveil de l'esprit humain, engourdi depuis près de deux siècles, il se forma partout une jurisprudence savante, à laquelle on n'a pas rendu assez de justice, parce qu'on ne l'a jugée plus tard, avec le système dont elle était l'instrument auxiliaire, qu'au point de vue de la vanité des prétentions,

<sup>1</sup> L'*Auctor vetus, De beneficiis*, est des premières années du onzième siècle. Cf. Thomasius, *Selecta feudalia*, 1708, in-8; Biener, *Commentarii de orig.*, etc., III, p. 268-69. — Walter, *D. R. G.*, 2<sup>e</sup> édit., 1857. — Le meilleur texte du *Vetus auctor* est, à mon sens, celui du *Corpus* de Senkenberg. Voir les paragraphes 61 à 80.

<sup>2</sup> La vraie signification et l'importance de l'écu, *clypeus*, n'est bien indiquée que dans le *Vetus auctor*. Les *Miroirs* n'en donnent, pour ainsi dire, que la glose. L'écu n'appartenait pas seulement au bénéficiaire, au seigneur, il appartenait à tout le vasselage, qu'il représentait, à la bataille ou dans la marche guerrière. Aussi l'humiliation de l'écu était un acte que le vasselage ne pardonnait pas. Charles de Lorraine l'expiâ par la perte d'une couronne (voir l'article 96 du *Jus feudale alemannicum*, de Schilter); et l'on comprend, en lisant ces vieux documents, la douleur immense que fut cacher dans une solitude éternelle, ce Welf, dont le fils, oubliant la dignité de sa race, avait reconnu la supériorité d'un suzerain (voir le Moine de Weingarten, dans Hess, *Prodromus*, etc., III-4).

<sup>3</sup> *Dux* est la traduction de l'*herzog* actuel, mot composé de l'ancien allemand *her*, terrible, éminent, glorieux, auguste; et de *zog*, tiré de *zogen*, conduire, *ducere*, *migrare*. Voir Scherz, *Gloss*.

substituée à la réalité des services. Cette jurisprudence a son expression, en notre langue, dans les Assises de Jérusalem, et dans les plus anciennes coutumes normandes ou angevines; un droit s'y manifeste, plus pur et plus développé que dans les coutumes lombardes (*libri feudorum*), rédigées sous l'influence du premier des Frédéric; bien que la réputation des *livres des fiefs* ait de beaucoup dépassé la renommée et l'autorité des coutumes françaises d'outre-mer. Le droit des tutelles en reçut une organisation qui n'avait été qu'ébauchée auparavant, et qui reproduit le principe germanique dans son originalité. L'intérêt de la transmission héréditaire du fief fut combiné avec l'intérêt non moins important du service du fief, c'est-à-dire de l'accomplissement des conditions fondamentales du fief; et sur cette double base un système régulier et complet fut édifié.

Le fief étant une concession gratuite à charge de foi, hommage et service, lorsqu'il était vacant par la mort du feudataire, et que ses héritiers n'étaient point en âge de prêter foi, hommage et service, il est évident qu'il ne restait que deux partis à prendre : retirer le fief, ou en continuer le bénéfice, en assurant la prestation des charges. Le retirer avait été la loi première; mais, depuis que l'hérédité des fiefs avait été reconnue, il n'y avait plus qu'à subir les conséquences de la mort prématurée du feudataire, en assurant le service du fief, au mieux possible. Or, le mieux étant, pour le suzerain, en pareil cas, de se servir soi-même, il fut réglé que ce dernier se chargerait et de la tutelle du pupille et de la garde du fief. Le double intérêt du mineur et du suzerain parut satisfait par cette combinaison, d'où est sortie l'une des théories les plus importantes du droit féodal, et partant du droit commun lui-même; car, par l'un de ces entraînements dont est remplie l'histoire de l'humanité, le droit des fiefs est devenu, à un jour donné, le droit universel, et tout a été soumis à sa loi, dans une certaine mesure; tout le monde ayant voulu, même le bourgeois de Paris, être fiefseux ou fiefié, jusqu'au moment où, par un brusque retour, le droit des fiefs a été si complètement abandonné, qu'il n'est pas resté trace de son existence, et qu'il a été même téméraire d'en parler.

M. Laferrière a tracé en maître un tableau très-remarquable des événements qui ont préparé les voies au régime féodal, et des vicissitudes diverses de cette législation; qui occupe une



place si considérable dans l'histoire de l'Europe. Je ne le suivrai pas dans les savantes discussions auxquelles il s'est livré à cet égard. Je ne partage pas toujours son sentiment, dans ces matières difficiles; mais cette partie de l'*Histoire du droit français* est certainement une des mieux traitées de son livre. M. Laferrière est du petit nombre des jurisconsultes qui ont compris l'importance du rôle qu'a joué le droit féodal dans l'élaboration de notre jurisprudence, et il en a fait l'objet d'une étude approfondie. Ce mérite devient trop rare pour ne pas être signalé. Cependant, je dois ajouter qu'il me semble parfois trop sévère envers un système qu'on ne peut bien juger qu'en se plaçant au centre même de son théâtre d'action, c'est-à-dire à la grande époque de son influence réelle sur la société, et en s'isolant des événements postérieurs qui ont mis un orgueil vexatoire à la place d'une institution utile, en son temps.

Les anciens jurisconsultes allemands, français et anglais ont voulu expliquer le droit féodal par le droit romain, et ont systématiquement négligé la source germanique du droit du moyen âge; il en est résulté une altération progressive et permanente de l'intelligence véritable du droit<sup>1</sup> des fiefs.

Qu'il me suffise donc de dire ici que le système des fiefs a été comme le complément de l'invasion. Il en a régularisé les effets désastreux. Il nous offre le développement chevaleresque du régime des bandes guerrières de la conquête, et l'application de la clientèle germanique à la possession militaire du sol<sup>2</sup>; et, comme l'état de guerre était alors devenu l'état permanent de la société, il se développa, sous cette influence, une civilisation nouvelle, et une jurisprudence générale fut fondée sur cette nécessité. Toutefois, bien que le droit commun des fiefs ait été presque partout et spontanément le même, ou peu s'en faut, pour les principes, une assez grande liberté dans les coutumes particulières se maintint pour le détail. Nous en voyons l'application en ce qui touche la fin de la tutelle féodale. Les lois

<sup>1</sup> Voir Thomasius, *loc. cit.*, 330-33.

<sup>2</sup> Je citerai avec plaisir, à ce sujet, un ouvrage de la jeunesse de M. Mignet : *De la féodalité, des institutions de saint Louis et de l'influence de la législation de ce prince*; Paris, 1822, in-8°. C'est le premier livre imprimé par l'auteur, mais il brille déjà de toutes les qualités qui le distinguent si éminemment dans son âge mûr.

barbares avaient emprunté la règle des majorités d'âge à la loi romaine, tout en la modifiant; on remarque, dans les usages féodaux relatifs à la tutelle, ces diversités originaires de coutumes, et c'est ainsi que la Champagne avait gardé la majorité ripuaire de quinze ans, les Normands, Saxons et Francs-Saliques, la majorité de vingt et un ans<sup>1</sup>. Mais, lors de l'établissement des fiefs, la véritable règle qui déterminait la fin de la tutelle fut l'aptitude au service militaire; l'émancipation cessa d'être attachée à un âge précis, et la libération de la tutelle redevint individuellement appréciable, comme dans les usages primitifs; la majorité put même être réglée par des conventions particulières entre le seigneur et le vassal<sup>2</sup>; cependant certaines observances furent confirmées par la pratique générale, et toujours dans le cercle du principe lui-même de la capacité militaire<sup>3</sup>.

Il est curieux de voir comment la logique des jurisconsultes, s'appliquant au droit féodal avec autant d'ardeur qu'au droit romain, avait réglé la tutelle du mineur feudataire ou vassal.

Tant que les fiefs ne furent concédés qu'à vie, il ne fallut pour les administrer, à la mort du feudataire, ni tuteur, ni gardien. Ils n'étaient donnés qu'à gens capables d'un service effectif et réel. Mais quand ils furent rendus héréditaires, les suzerains, prévoyant bien que les fiefs pourraient échoir à des mineurs, incapables de service militaire, se réservèrent la jouissance des fiefs pour le cas advenant de la minorité de leurs vassaux<sup>4</sup>, droit

<sup>1</sup> Les lignages d'outre-mer adoptèrent l'âge de vingt-cinq ans. Voir les *Assises de Jérusalem*. Même usage fut adopté par les gentilshommes qui observaient le *Jus baronum*, à Naples. Voir les *Constit. sup. cit.*, fol. 130, glose. Les uns et les autres suivirent une indication romaine qui se trouva d'accord avec la loi de leur situation.

<sup>2</sup> Voir Houard, *Lois anglo-normandes*, t. I, p. 165.

<sup>3</sup> La vie civile fut à ce point identifiée à la vie militante, que celui qui fut incapable de militer, tel que le lépreux, fut exclu de la possession des fiefs. Voir le *Vetus aut. de Benefic.*, § 81. On l'assujettit, même en son vivant, à recevoir l'absoute et le service des morts. Voir la liturgie de cette singulière cérémonie, dans Ragueau, *1<sup>o</sup> SERVICE*. Les femmes ne furent pas exclues de la succession féodale, parce que leurs époux pouvaient desservir les fiefs.

<sup>4</sup> Voir Laurière, *Cout. de Paris*, t. II, p. 290. Il n'a connu qu'un petit nombre d'actes, relatifs à ce sujet, ce qui lui a fait prendre le général pour l'exception.



qu'on nomma *garde royale ou seigneuriale*. Cette réserve conventionnelle était généralement usitée dans ces premiers temps, et les *libri feudorum* ont gardé sur cet objet un silence qui serait inexplicable, si l'on ne connaissait les clauses banales des chancelleries et des feudistes de l'époque<sup>1</sup>. On ne trouve, en effet, dans les coutumes lombardes qu'un titre isolé sur la minorité du vassal, et il a pour rubrique *De minore ad fidelitatem non cogendo*<sup>2</sup>. Cujas y a fourni un commentaire qu'il faut lire. Le mineur héritier du fief ne pouvant être contraint à l'hommage et foi, il avait bien fallu pourvoir, par des conventions spéciales, à le remplacer dans le service. De là l'usage de la garde du fief, par le suzerain, pendant la minorité du feudataire. Ce fut le droit commun du treizième siècle; on le trouve converti en loi, dans les constitutions napolitaines de Frédéric II<sup>3</sup>, et les *Établissements* constatent l'universalité de cet usage dans les terres de France.

Cette puissance intérimaire du fief, pendant la minorité du vassal, s'appela d'un nom germain, *ward*, la garde; et, par ac-

<sup>1</sup> Voir Craig, *Jus feudale*, p. 290 (édit. de 1732).

<sup>2</sup> Ce titre n'appartient pas à l'ouvrage original de Obert du Jardin et de Gérard le Noir. C'est le 13<sup>me</sup> du IV<sup>e</sup> livre, dont l'auteur est incertain, mais d'un âge postérieur à la rédaction primitive.

<sup>3</sup> Les Constitutions napolitaines sont un remarquable monument du génie de Frédéric II, et de ce malheureux P. des Vignes dont la fin tragique reste enveloppée de tant de mystère. Elles sont trop peu connues en France, où cependant, en 1537, Jean Crespin les avait publiées, à Lyon (in-8<sup>o</sup> goth.), ornées d'une glose bien précieuse, et précédées des constitutions octroyées par les prédécesseurs de Frédéric. La très-correcte et savante édition de Carcani nous est restée presque ignorée. Nous devons une vive reconnaissance à la généreuse résolution de M. le duc de Luynes, et à la docte patience de M. Huillard Breholles, pour l'admirable Cartulaire de Frédéric II publié par leurs soins. Grâce à eux on peut écrire, sur pièces, l'histoire de ce prince magnanime, l'un des plus grands de sa race héroïque. Cinquante ans avant saint Louis, Frédéric II a supprimé, dans ses États, le combat judiciaire, par des ordonnances admirables. Il a rectifié, complété l'organisation du droit féodal dont les premiers fondements avaient été posés par son aïeul, et ses constitutions sur ce sujet ont une importance historique qui n'a point été assez remarquée. Il a réglé la succession aux fiefs sur un pied nouveau, modelé l'héritage féodal sur l'héritage civil, et donné le signal de la révolution juridique accomplie en France par Beaumanoir. Enfin, combant une lacune des *Libri feudorum*, il a fixé le principe du *Ballium* impérial sur tout feudataire mineur relevant de l'empire, et réglé conformément à l'équité le *Jus ballii* à leur égard.

cession au fief, le pupille, homme du haut seigneur, tomba aussi sous sa garde. Le nom même de tuteur disparut, et tandis que, dans le droit romain, la notion de tutelle impliquait essentiellement la protection de la personne, et, comme conséquence seulement, la gestion des biens; la garde seigneuriale au contraire, la tutelle féodale, eut pour objet principal la terre ou le fief, et comme accessoire la protection de la personne du pupille. En droit romain, le bien ne venait qu'après la personne; en droit féodal, la primauté de protection est pour le fief, la personne ne vient qu'après. Ce droit primordial ne tarda pas, du reste, à être modifié.

De tout ce qui précède, il résulte que les *Etablissements* reproduisent le pur droit germanique, dans cet article 137, demeuré lettre close pour les éditeurs et commentateurs de ce livre, jusqu'à ce jour. Le pupille est-il gentilhomme, c'est le droit féodal qui règle la garde et le service. Le pupille est-il vilain, *homme de poote* ou de métier, sa tutelle est réglée par l'usage si bien constaté, si bien motivé, par l'Anglo-Normand Britton, contemporain de la rédaction des *Etablissements*. Aucun temps n'est fixé pour la fin de sa tutelle, mais aussitôt qu'il saura labourer, mesurer de l'étoffe, compter des deniers, et sagement marchander, il sera majeur; et si le pupille est féminin, la majorité sera pour lui venue sitôt *comme il saura descretion, et les ordinaunces que appendent à faire en hostel*. La conséquence est que le pupille ira où il voudra. La raison de la maxime qu'en *villénage n'a pas de bail*, se tirait de l'origine même du villénage, qui était presque servage. Le vilain était la continuation du Lite. Ce caractère est très-bien défini par M. Laferrière lui-même. Aussi la maxime disparaît lorsque le caractère servile a disparu. L'enfant du vilain avait pour tuteur la communauté ou les amis<sup>1</sup>. Dans l'origine, il n'avait rien en propre, par conséquent rien à conserver par un tuteur. Pour lui, il ne s'agissait que de vivre; et dès qu'il en savait les moyens, ceux qu'indique Britton, l'œuvre tutélaire était accomplie.

Qu'on relise, après ces notions préliminaires, l'article 137 si discuté; le sens, la portée et l'origine du droit, ne seront plus un

<sup>1</sup> Ce droit s'était perpétué chez les mainmortables. Voir Chasseneuz, et les anciens commentateurs des Coutumes de Bourgogne.



mystère. « Nul homme coutumier, c'est-à-dire vilain, ne peut avoir sous sa tutelle un enfant étranger qu'au cas que nous allons expliquer. » Première allusion au *mundium* des père et mère ; première idée qui nous éloigne du droit romain. « Lorsque le père et la mère sont morts, celui à qui devrait retourner la terre, c'est-à-dire la tenure en vilenage, s'ils fussent morts sans enfants, peut garder les enfants jusqu'à ce qu'ils puissent choisir d'eux-mêmes un des amis de leur père, ou, s'ils l'aiment mieux, un étranger (qui les reçoive) : *tant que ils porraient aler a un de leurs autres amis, se il leur grée mieex, ou à un autre estrange.* » Voilà une application remarquable de l'indépendance individuelle des Germains. L'enfant du premier âge est admis à y participer. J'appellerais ce droit le droit naturel germanique. L'émancipation indiquée par Britton n'en est qu'une conséquence. Mais la tutelle est volontaire, de la part du tuteur : *voluntarius tutor*, dit la loi anglo-saxonne, et il rendra même un service rémunéré. Tout cela est bien loin du droit romain. « Celui que l'enfant a choisi, continue le rédacteur des *Etablissements*, doit tenir leur héritage en bon état, et s'il ne le faisait, il serait tenu à leur en payer les dommages quand les enfants auraient pris congé de lui. Mais il ne rendra aucun compte des revenus de la terre aussi longtemps que les enfants seront restés auprès de lui. » C'est dans ce cas seul où l'homme coutumier peut avoir tutelle d'enfant, si ce n'est de ses enfants propres, à partir du moment où l'enfant est en état de dire lequel de ses amis il lui plaît mieux choisir (*et ainsi n'a nul hons coustumier bail d'enfant, se n'est son père, ou sa mère, puis il set dire auquel il lui plet mieex d'aler de ses amis*).

Le livre de Britton et les *Etablissements* ne sont pas, du reste, les seuls monuments que nous ayons de ces coutumes germaniques, conservées par les légistes de saint Louis. D'après l'ancien droit de Brunswick, si le pupille a douze ans, il faut le consulter, pour lui donner un tuteur<sup>1</sup>. Je possède un manuscrit des coutumes glosées d'Anjou, manuscrit dont une copie très-ancienne est conservée à la Bibliothèque impériale et fort connue des érudits. Ma copie provient de la bibliothèque de Christ. Justel ; elle contient une reproduction abrégée du texte des *Etablissements*.

<sup>1</sup> Hein., *Antiq. german.*, III, p. 404.

*sements* dans les deux chapitres dont la rubrique est : *Quel bail len doit faire d'enfans a gentilhomme et de leurs héritages quant ils demeurent sans père et sans mère; et de bail de home coustumier*. Ce dernier chapitre est l'article 137, lui-même, en lettre et en substance, *Des anciens usages d'Anjou* que M. Marnier a publiés en 1853, et qu'il a tirés d'un manuscrit du treizième siècle, coté n° 250-29, au supplément français de la Bibliothèque impériale, contiennent une disposition formelle dans le même sens. On lit au § 4 : *Il est usage que li filz de l'ome cotumer n'a point de bail, aneis s'en put aler auquel que il voudra*. Si l'on recherchait bien, on trouverait des maximes analogues dans un grand nombre de textes primitifs de nos coutumes rédigées. Leur origine germanique ne sera désormais douteuse pour personne; mais nous sommes bien loin de l'*Optio tutoris* de la table de Salpensa. Nous n'y reviendrons plus. Si le livre de Britton était tombé sous la main de M. Laferrière, il n'aurait pas songé au rapprochement qui a saisi son imagination brillante; retournons donc à Malaga, sans aucune autre préoccupation.

Toutefois, et avant de rentrer en matière, je demande à mes lecteurs la grâce d'écouter le récit de la découverte même de nos bronzes, tel que me l'envoyait de Malaga leur possesseur actuel, le respectable et très-honorable Jorge Loring, le 30 mai 1857. La simplicité de l'histoire ajoute au caractère de vérité qu'on reconnaît, en la lisant, une sorte de conviction de l'authenticité elle-même. D'ailleurs, ce récit aura l'avantage de faire connaître un des hommes qui ont les premiers apprécié l'importance des deux monuments, et dont le nom, par l'effet de sa modestie, est resté dans l'obscurité; je veux parler de M. Jeller, avocat de Malaga, ami de M. Loring.

« Je crois, me disait M. Loring, dont je reproduis textuellement l'expression originale et française, je crois devoir vous faire le récit des faits qui concoururent à la découverte des tables, pour vous donner la complète conviction que, si elles ne sont pas authentiques, la supercherie ne doit point être attribuée aux personnes qui ont présenté ces monuments aux yeux du monde scientifique.

« Lorsque je vis ces bronzes, pour la première fois, ils venaient d'être découverts dans un ravin, tout près de cette ville,





appelé le *Barranco de los Jesares*. Ce ravin a été formé par la coupe verticale, pendant l'espace de plusieurs siècles, d'une petite colline de pure argile, dont on fabrique toute la poterie que l'on consomme et l'on exporte de Malaga. La hauteur de cette coupe aura maintenant à peu près 20 mètres. Ce fut pendant que les ouvriers enlevaient cette terre, en avançant de 3 ou 4 mètres sur la colline, que les tables apparurent, horizontalement couchées sur de grosses briques, d'une apparence très-ancienne. Elles étaient enclavées dans l'argile, qui recouvrait également, par-dessus, la superficie des tables, formant ainsi une couche imperméable qui les préservait de l'air et de l'humidité ; circonstance à laquelle on doit peut-être leur bonne conservation. Je ne les ai point vues dans cet état ; mais j'ai entendu ce rapport de la bouche même des travailleurs qui en firent la découverte. Il y avait à peine trois jours qu'on les avait tirées de la terre, lorsqu'on me les apporta. Elles conservaient encore une couche épaisse d'argile, et difficilement on pouvait en distinguer l'inscription. Les ouvriers qui en avaient fait la trouvaille les avaient vendues à un fabricant de lampes, qui se préparait à les fondre. Un pur hasard me fit connaître l'événement, et je devins le possesseur de ces bronzes, en renchérissant un peu sur le bénéfice qu'ils auraient rapporté au marchand s'il en avait fait des lampes.

« Il va sans dire que je ne connaissais pas encore le sens des inscriptions. Devant même, à cette époque, m'absenter de Malaga, je priai mon ami, M. Michel Jeller, de vouloir bien me les déchiffrer. Il en comprit de suite la grande valeur, et m'en fit part. Ce fut lui qui, le premier, en traduisit le texte. Il se proposait même d'en publier une notice ; mais ses grandes occupations, et l'importance qu'il voulait donner à ce travail, le lui firent tant retarder, que M. de Berlanga fut à même de finir et d'imprimer son opuscule, avant que lui pût terminer ce qu'il se proposait de publier.

« Si les lois Flaviennes ont quelque mérite, il est juste de constater que le premier qui fit attirer l'attention sur elles, ce fut M. Michel Jeller, avocat distingué de Malaga, dont les connaissances en antiquités et en droit romain sont peu communes.

« Il va sans dire qu'aussitôt que je compris le mérite de ces

tables, je m'empressai de faire tout mon possible pour trouver les autres qui manquaient. Je fis faire des excavations en tout sens; mais, malheureusement, sans le moindre résultat. Je compris seulement, par le rapport de quelques vieux ouvriers, qu'elles ont dû être trouvées dans un temps reculé, et que, n'ayant pas apprécié leur valeur, on les aura probablement fondues.

« La conservation de ces tables est bien loin d'être parfaite. Le bronze en est assez oxydé, et les antiquaires qui les ont vues s'accordent à dire qu'il est impossible de mettre en doute leur authenticité. Dans celle de Malaga, nous découvrîmes des vestiges d'une couverture en toile. Il y en avait quelques fragments dans les concavités du cadre, qui étaient longs de 1 centimètre et larges de 5 millimètres, c'est-à-dire quelques fils réunis. On remarquait aussi, dans d'autres endroits du cadre, ce qui, du reste, existe encore, l'empreinte de la toile sur la rouille.

« Je pars, sous peu, pour Madrid, et j'emporte avec moi la table de Salpensa, pour que MM. les académiciens de l'histoire l'examinent. Celle de Malaga reste ici, pour que M. de Berlanga puisse faire, d'après elle, les corrections nécessaires, au *fac simile* que l'on grave.

« Je profite de cette occasion pour vous faire l'offre la plus sincère de mes services, dans cette ville, et vous prie, monsieur, d'agréer l'assurance de ma plus profonde considération. »

La préoccupation de mon honorable adversaire est telle qu'il voit des preuves du faux là où tout autre moins prévenu trouverait des preuves évidentes d'authenticité. Telle est la circonstance des *duæ tertiæ partes* exigée par les Tables de Malaga et de Salpensa pour le nombre des membres présents (les deux tiers), à la séance de l'*ordo* municipal, lorsqu'il s'agissait d'avis à donner ou de décision à prendre en certaines matières. « Remarquez d'abord, dit M. Asher, la grossièreté de cette *faute grammaticale* : *duæ tertiæ partes* ! » Cette construction vicieuse n'est point ancienne. *La phrase est barbare*, dit-il, *et la locution porte un cachet évidemment moderne*. En vérité, lui répondrai-je, je ne m'attendais guère à rencontrer une pareille objection sous la plume d'un homme aussi exercé dans la connaissance des choses de l'antiquité romaine et de la langue latine. Mon excellent ami M. Laboulaye s'est abstenu d'un pareil



argument. *Duæ tertiæ partes*, une locution barbare et vicieuse, qu'on ne trouverait nulle autre part que sur la Table de Malaga! Mais, mon cher docteur, ouvrez Pline l'Ancien, un contemporain de nos Tables; ouvrez Columelle, un autre auteur du même âge, et, qui mieux est, natif de Gadès, compatriote, par conséquent, du rédacteur Malacitain de la Table discutée; vous y trouverez la locution qui vous effarouche et que vous condamnez comme l'œuvre d'un faussaire ignorant.

Cicéron n'avait-il pas dit, dans ses *Verrines*: *Ut in actoribus græcis fieri videmus, sæpe illum, qui est secundarum, aut tertiarum partium, etc.*? Pourquoi, prenant les mots dans une autre acception, et plus littérale, Pline aurait-il fait scrupule de dire: *Tertiæ* pour *tertia pars*? *Miscentur argento tertiæ æris cyprii*<sup>1</sup>; et, dans un autre endroit: *Quibus ex fœdere tertias prædæ romanus populus præstabat*<sup>2</sup>. Ailleurs encore: *Junci radix in tribus heminis aquæ decocta ad tertias, tussi medetur*<sup>3</sup>. Ici Pline n'a point ajouté *partes*, mais le sous-entendu ne modifie pas la correction. *Duæ tertiæ partes*, pour les deux tiers, était donc dans la logique grammaticale du latin, puisque *tertiæ partes*, isolées de *duæ*, auraient signifié le tiers. Varron, l'un des plus grands maîtres de la langue, avait dit: *Aquam ad tertiam partem decoquere*, pour exprimer la réduction, par l'ébullition, au volume du tiers. Columelle, pour rendre la même idée, dit: *Cum ad tertias subsederit coctura*<sup>4</sup>; et ailleurs: *PARTES DUÆ TERTIÆ pedes decem novem, etc. PARTES TRES QUARTÆ pedes unum et viginti, etc.*<sup>5</sup>. Appelez Columelle un barbare, ce n'est point mon affaire. Qualifiez de corruption un langage qui s'est moulé sur celui de Cicéron et de Varron, en l'exagérant quelque peu, ce n'est point la question; mais ne taxez pas de faussaire ignorant le rédacteur de la Table de Malaga pour s'être conformé, dans ses expressions, à un usage si bien constaté. Cet ignorant, mon cher docteur, croyez-le bien, en savait long et pour le fond et

<sup>1</sup> Pline, *Hist. nat.*, liv. XXXIII, chap. ix.

<sup>2</sup> Pline, *ibid.*, liv. XXXIV, chap. v.

<sup>3</sup> Pline, *ibid.*, liv. XXI, chap. xviii. Cf. Facciolati, au mot *TERTIUS*.

<sup>4</sup> Columelle, liv. XII, chap. xx, Schneider.

<sup>5</sup> Columelle, liv. V, chap. i, même édition de Schneider. Cet exemple n'est pas indiqué par Facciolati.

pour la forme; et, quand on y regarde un peu de près, il est difficile de le prendre en défaut.

J'arrive au fond lui-même. On avait ignoré, jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle, qu'en certains municipes, et les plus considérables, soit en Italie, soit dans les provinces, la présence des deux tiers des membres de l'*ordo* fût exigée pour la validité des délibérations, en quelques matières du moins. Nous savions qu'en d'autres municipes, et dans d'autres cas, la présence d'un *minimum* plus restreint avait suffi. Mais la règle des deux tiers, qui paraît avoir été normale, et remonter probablement à la loi *Julia municipalis*, nous ne la connaissions pas. Pour la première fois l'édit de *Venafrum*, découvert en 1850, est venu nous la révéler<sup>1</sup>. Presqu'en même temps qu'on découvrait ce remarquable monument du temps d'Auguste, en Italie, on trouvait, comme on sait, les fameuses Tables de Malaga (octobre 1851) qui sont du temps de Domitien, et dans celles-ci se trouvait aussi consignée l'obligation de la présence des deux tiers des décurions pour valider, aux cas indiqués, les décisions du sénat municipal. Or, comme il était évident qu'un fabricant moderne n'avait pu connaître l'édit de *Venafrum*, enfoui en Italie, pour en composer ses Tables supposées, dans le fond de l'Andalousie, la coïncidence du marbre italien et des bronzes espagnols, en un point si capital et si bien inattendu, n'ajoutait rien à la démonstration de l'authenticité de l'édit de *Venafrum*, qu'on ne contestait pas, mais corroborait puissamment la preuve de l'authenticité des Tables malacitaines. Cette considération avait frappé les érudits qui soupçonnaient une fabrication moderne; elle est au nombre des arguments qui ont décidé des conversions, à cet égard.

M. Asher se montre plus récalcitrant. Se réfugiant dans un système qui échappe à l'argumentation que je viens de déduire, il est à son aise dans la supposition que les Tables de Malaga ont été fabriquées au seizième siècle, de 1530 à 1570, dates précises; et surtout dans l'hypothèse qu'il a imaginée d'une inscription authentique et préexistante, que le fabricant aurait mise à profit pour son œuvre falsifiée, et qu'il aurait détruite après avoir fait son coup. Que répondre, en effet, à un

<sup>1</sup> Voir le texte, dans Henzen, *Suppl. Orell.*, p. 270.



roman de ce genre ? « Autant est peu douteuse, dit-il, la fausseté des Tables en ce point, autant l'est peu la présence d'un certain nombre de matériaux authentiques dans leur contexte. » A mon tour, je mettrai sous les yeux des lecteurs impartiaux, et dont l'esprit est parfaitement préparé, par l'exposition qui précède, à juger l'objection en connaissance de cause ; je mettrai, dis-je, sous les yeux de mes lecteurs, les trois textes de Venafrum, de Salpensa et de Malaga, et ils prononceront, à coup sûr, avec l'irrésistible sentiment de conviction qui m'anime moi-même, en sens contraire de M. le docteur Asher.

TEXTE extrait de l'édit de Venafrum; incontestable, incontesté, certainement inconnu de tout fabricant possible des Tables de Malaga.

*Ex majoris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duæ partes decurionum aderunt.*

Cet édit est du temps d'Auguste, je l'ai dit.

TABLE DE SALPENSA.

ART. 29.

*Ex decreto decurionum, quod cum duæ partes decurionum, non minus, adfuerint, factum erit.*

La correction, l'élégance même, y sont irréprochables. M. Asher le reconnaît, « mais, dit-il, le fabricant s'est servi d'une inscription authentique aujourd'hui perdue. » Où n'irait-on pas avec de pareils arguments ?

TABLE DE MALAGA.

ART 44.

*Ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum, cum eorum partes tertiae non minus quam duæ adessent, factum erit.*

« Rédaction barbare, dit M. Asher, et à coup sûr inventée au seizième siècle ; car qui eût dit, chez les Romains, même en Espagne, *duæ partes tertiae* ? » — Qui l'eût dit ? ceux qui parlaient comme Pline et Columelle.

Autre objection qui paraît démonstrative à M. Asher : c'est la coupure de quelques mots dans la gravure des bronzes espagnols. « Cette coupure, dit-il, n'est pas celle de la grammaire latine ; elle est même quelquefois en contradiction manifeste avec la prononciation romaine. Le mot *cognitor*, par exemple, ajoute M. Asher, ne pouvait jamais être coupé par les Romains comme il l'est dans la Table de Malaga, en *cog-nitor*, car *gnos-cere* et *noscere* n'étaient que deux manières d'exprimer les mêmes sons. » L'objection est certainement d'un grammairien érudit et sagace, mais que M. Asher me permette de le lui dire, elle est

aussi d'un homme peu familier avec les monuments épigraphiques.

Sans doute, les graveurs instruits devaient pratiquer ce qu'indique le docte *privat-docent* d'Heidelberg, et l'on en trouve la preuve dans quelques monuments choisis. Mais la généralité des graveurs était ignorante et routinière, comme l'est la généralité des peintres d'enseigne, dans nos grandes villes. Vous ne pouvez faire un pas, dans Paris, sans remarquer sur les portes des boutiques d'horribles manquements à l'orthographe ou au bon sens. Il en était de même chez les anciens, où les arts mécaniques n'étaient le plus souvent exercés que par des esclaves ou des mercenaires illettrés. Je montrerais à M. Asher mille exemples de coupures incroyables, et cependant authentiques. Par exemple celles-ci que je prends au hasard : SE-RVUM, au n° 4359 d'Orelli; PO-STERIS, au n° 4361; DI-GNUM, au n° 4359; PE-RACTA, SERVAR-ET, au n° 4040; AES-TIVALIUM, CORRUP-TA, au n° 4043; FABRICENS-IS, BE-LGA, au n° 4079; SACRIFIC-IO, au n° 4120; AR-GENTI, au n° 4432; PATR-ONÆ, au n° 4488; QUADRATUS, au n° 4563; KAL. FE-BRUARIAS; AM-BITUM, au n° 4811; PATRI-AM, au n° 3765; BENI-GNISSIMÆ, au n° 3764; CORNELI-O, au n° 3759; IN A-LIS, au n° 6857, qui est cependant une *honesta missio*, c'est-à-dire un diplôme public. Ces coupures sont-elles justifiées par la grammaire latine? Tous les épigraphistes reconnaîtront que les coupures des mots, sur les inscriptions, sont arbitraires, et presque toujours déterminées par l'espace qui se présentait sous le ciseau du graveur. Avec les arguments de M. Asher, il faudrait tenir pour apocryphes les trois quarts des inscriptions qui nous ont été transmises par l'antiquité.



## III

Abordons maintenant d'autres difficultés, qui ont ému l'ingénieur M. Asher. Il en est une que nous sommes étonné de retrouver dans sa docte discussion. Nous espérions l'avoir coulée à fond dans une première polémique. Sous Domitien, dit-il, sous ce prince que Tacite représente comme le plus atroce des despotes, les Tables nous montrent Malaga jouissant de libertés dont toute cité espagnole se serait contentée, après la malheureuse journée de Villalar, où les libertés de l'Espagne reçurent un coup dont elles ne se sont plus relevées. Dans le fait, étrange aux yeux de M. Asher, d'un régime municipal si bien établi en Espagne, dès le premier siècle de l'ère chrétienne, le savant *privat docent* découvre le but et l'intérêt du fabricant de nos bronzes, qui est la passion d'exagérer les anciennes franchises de son pays. Le fabricant ne pouvait être qu'un citoyen de Malaga. Comment le nom de ce mortel érudit est-il resté inconnu? Son œuvre même n'a vu le jour que trois siècles après lui. On ne saurait être plus infortuné. Mais j'ai beau chercher dans l'histoire littéraire de l'Espagne. Un seul homme, au seizième siècle, eût réuni le savoir requis pour une telle fabrication : c'est le célèbre Antoine Augustin, évêque de Tarragone. Malheureusement il n'était pas de Malaga, et son caractère respectable ne permettrait pas de s'arrêter à la supposition qu'il eût mis la main à la spéculation dont il s'agit; encore n'eût-il pas eu tous les matériaux nécessaires pour fabriquer un acte législatif, tel que celui que nous possédons. Mais allons au fond de l'objection : peut-on croire à l'existence de libertés municipales aussi étendues que celles de Malaga, sous un prince comme Domitien?

Je ne veux pas remonter à l'histoire primitive des municipes latins, ni au développement des privilèges municipaux, en Italie d'abord, puis dans les provinces extra-italiennes. Depuis la fin de la guerre sociale, il s'était opéré une sorte de transformation

dans la condition de ces villes, et dans leur influence sur la direction des affaires, à Rome même. Tous les partis, dans les guerres civiles, avaient flatté les municipes, et s'étaient fait de leur participation au droit de cité un moyen d'agitation ou de domination<sup>1</sup>. Depuis l'établissement de l'empire, c'était sur la faveur des provinces que comptait le gouvernement impérial, perpétuellement menacé, à Rome, par une opposition active et inexorable dans la haine intime qu'elle nourrissait contre l'établissement nouveau. Rome et ses grandes familles avaient tout perdu à la chute de la république; elles ne purent jamais l'oublier, et les empereurs cherchèrent au dehors les appuis de leur pouvoir. Cette politique, inspirée par la nature des choses, fut celle des bons comme des mauvais empereurs; elle fut celle de Domitien comme elle avait été celle de ses prédécesseurs. Mon opinion, à cet égard, ne date pas de ce jour: il y a plus de trente ans que j'imprimais, d'après des documents incontestables, que la politique impériale avait dispersé en privilèges municipaux la liberté concentrée jadis dans les murailles de Rome. C'est ainsi que l'Espagne fut redevable à la dynastie flavienne de concessions et de bienfaits dont le souvenir est constaté par tous les monuments, par tous les témoignages. Comment ce fait si constant, si avéré, a-t-il pu échapper à la sagacité d'un homme aussi versé que M. Asher dans la connaissance de l'histoire? Un livre nouveau serait à faire sur le sujet que je viens d'effleurer. Il ne me convient pas d'y insister davantage, en ce moment et ici, me réservant de traiter la question dans la nouvelle édition que je prépare de mon *Histoire du droit romain*, et à propos de la Table d'Héraclée, ou *Lex Julia municipalis*. Je veux donc me borner aujourd'hui à ce qui est relatif à Domitien.

Il faut d'abord distinguer deux époques, pour apprécier le caractère personnel et l'administration de Domitien: l'époque antérieure à son expédition de Germanie, et celle qui l'a suivie. Ses vices se sont principalement développés dans la dernière. Les premières années du règne de Domitien ne diffèrent point beau-

<sup>1</sup> Voir seulement, à ce sujet, Cicéron, *Ad Atticum*, I, 1; et *Ibi*, Boot, t. I, p. 6, de son édition des *Epistol. ad Atticum*, Amsterd., 1865, 2 vol, in-8; cf. Cicéron, *Philipp.*, II, 30 (76), t. I, p. 429, de l'excellente édition de Wernsdorff. — Cf. *Les Césars* de M. de Champagny.



coup du règne de Titus, dit un historien instruit<sup>1</sup>. Or, on se souvient que nos monuments de Malaga sont d'une date antérieure à la guerre de Germanie, c'est-à-dire des premières années du règne. Mais, après les humiliations que l'orgueil de Domitien dut éprouver, à l'occasion de la résistance imprévue des Cattes, et surtout après la guerre contre les Daces<sup>2</sup>, son horrible caractère se dévoila tout entier. Toutefois, alors encore, il faut, pour rester dans le vrai, distinguer dans Domitien l'homme et le prince. L'homme a été détestable, atroce; l'individu a été abominable. Mais les provinces n'ont pas ressenti les atteintes de son caractère, car le prince a été non-seulement tolérable pour les administrés, mais encore et souvent louable, dans ses relations publiques avec les villes lointaines et les provinces de l'empire. Or, c'est là le seul Domitien que l'Espagne ait connu, pendant les quinze ans du règne de ce frère indigne de Titus. Sa cruauté s'est bornée à l'enceinte de la capitale. Quant aux provinces, dit le judicieux Heeren, l'étroite surveillance dans laquelle il maintint les gouverneurs, non-seulement empêcha la désorganisation, mais lui valut même des partisans et des regrets, lorsqu'il eut été sacrifié à des vengeances méritées. Lisons Suétone, peu suspect en cette matière; il nous dit que Domitien : *Magistratibus... urbicis provinciarumque praesidibus coercendis tantum curae adhibuit, ut neque modestiores unquam, neque justiores exstiterint*<sup>3</sup>. L'historien ajoute, en un autre endroit : *Ius diligenter et industrie dixit*, et il en donne le détail. Domitien offre donc le contraste de l'homme privé, affreux tyran, et du prince, soigneux administrateur<sup>4</sup>; et comme l'homme privé pouvait tout, le mauvais penchant de la nature l'entraîna vers d'odieux abus de la puissance dans ses relations avec les autres hommes privés.

Plin le Jeune est un autre témoin à décharge de l'administration de Domitien, et il est irrécusable comme Suétone<sup>5</sup>. Il nous apprend aussi que de fréquentes accusations furent diri-

<sup>1</sup> M. Zeller, *Les empereurs romains*, p. 185.

<sup>2</sup> Voir Heeren, *Manuel de l'hist. ancienne*, sur Domitien.

<sup>3</sup> Suétone, *Domit.*, VIII, édition de Burmann.

<sup>4</sup> Voir, à ce sujet, un intéressant *excursus* de Saumaise, sur un texte mutilé de Lampride; *Histor. Aug. scriptores*, édition de 1620, in-fol. Cl. Salmasii nota, p. 239.

<sup>5</sup> *Plinii junioris Epistolae*, III, 4; et VIII, 33, édition de Schäfer.



gées, sous le règne de ce prince, contre des gouverneurs prévaricants de certaines provinces, et que les plaignants provinciaux obtinrent toujours satisfaction. La Bétique, l'une des provinces éloignées de l'empire, et à l'extrémité de laquelle florissaient nos municipes : la Bétique eut plus souvent qu'une autre à se plaindre, et toujours elle obtint du gouvernement impérial un appui tutélaire. Pline le Jeune raconte, avec complaisance, son dévouement pour cette province espagnole, et la faveur avec laquelle ses réclamations furent accueillies, notamment contre Cecilius Classicus et contre Bœbius Massa. Pline était si heureux du rôle joué par lui dans cette dernière affaire, qu'il en a écrit une longue lettre à Tacite, avec prière instante de lui donner une mention de quelques lignes dans ses *Histoires*, auxquelles le vaniteux Epistolaire prédisait déjà l'immortalité. La protection que les provinces trouvèrent auprès du sénat et de l'empereur, depuis Auguste, en avait rendu le gouvernement très-difficile aux *Præsides*. La bonne administration des provinces était comme le fonds de la politique impériale, depuis César. Rome échappait à l'empereur. L'empereur avait pris son point d'appui dans les provinces. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de rencontrer à Malaga une loi municipale aussi complète et telle qu'on aurait pu l'imaginer dans un municipe italien, aux plus beaux temps de la liberté latine. Nous trouverons là des comices, des élections populaires, des garanties libérales, tandis qu'à Rome tout était muet, et que le parti pris des empereurs était de gouverner, avec un sénat sans puissance et sans volonté. Mais ce spectacle on l'avait, en Italie même, dans les communes éloignées de la capitale de l'empire, à Pompéi, par exemple, où les découvertes modernes ont exhumé les monuments curieux d'une bataille électorale<sup>1</sup>, contemporaine de la catastrophe.

Devant ces témoignages irrécusables tombe la conjecture de M. Zumpt<sup>2</sup>, reproduite avec hésitation par M. Marquardt<sup>3</sup>, et fondée uniquement sur la présomption, non justifiée, que Tibère, ayant supprimé, dans la capitale de l'empire, l'usage des formes comitiales qu'Auguste avait laissées subsister, tout en les

<sup>1</sup> J'ai indiqué, à propos de la Table de Salpensa, les inscriptions analogues trouvées à Herculaneum, et qu'Orelli a recueillies.

<sup>2</sup> *Comment. épigr.*, t. I, p. 61.

<sup>3</sup> *Handbuch der röm. Alterth.*, III, 1, p. 349.



réduisant à un assez vain simulacre, avait dû supprimer aussi l'intervention populaire dans les élections des magistrats municipaux, et suppléer à l'action du *populus* par l'action exclusive du sénat communal ou de l'*ordo*, comme il avait suppléé à l'action du peuple, à Rome, par l'action exclusive du sénat. Du reste, M. Zumpt n'exprimait cette opinion qu'avec timidité, à l'époque où il écrivait ses *Commentationes*; et, à coup sûr, cette opinion ne serait plus aujourd'hui celle de l'auteur des *Studia romana*, où l'authenticité des bronzes de Malaga est si solennellement reconnue. *Etenim*, disait-il, *in urbe ipsa Roma, magistratuum comitia constat, anno 14, e campo martio in curiam esse translata*<sup>1</sup>, *id est, magistratuum creandorum potestatem senatui esse traditam; idemque in municipiis factum esse, ut comitia magistratuum municipalium ad decuriones deferrentur, et rei natura docet, et intelligitur ex testimoniis certissimis*. Personne ne peut nier, en effet, qu'à un certain jour cette révolution n'ait été accomplie; mais il s'agit de s'entendre sur l'époque, et sur la mesure de cette transformation. Là est toute la difficulté. *Nec tamen*, ajoutait M. Zumpt, *quando id factum sit, aut traditur, aut a quoquam virorum doctorum significatum esse video*. Pour son compte, il croyait alors que le *quando* avait suivi de près le coup d'État de Tibère : *Etsi non debet dubium videri, quin ratio illa comitiorum, quæ Romæ et senatoribus admodum placuisset, nec a populo magnopere vituperata esset, paulo post ad municipia translata sit*. M. Zumpt présumait encore que cette révolution avait du être l'œuvre d'une loi *Petronia*, dont le nom seul est venu jusqu'à nous, sans qu'il reste un mot de son texte, et sans même que nous sachions rien d'assuré de son objet précis.

C'était donc une pure conjecture que tout ce système, et M. Marquardt, écrivant en 1851-53, s'était borné à l'indiquer en y joignant une note de circonspection très-marquée. Les historiens anciens du droit municipal avaient été plus circonspects encore, et le plus instruit, comme le plus judicieux, M. Roth, s'était abstenu d'exprimer aucune opinion sur l'époque et sur l'étendue de cette révolution communale. Aujourd'hui, il ne peut rester aucun doute dans l'esprit de M. Zumpt, mieux éclairé par la découverte des tables de Malaga, dont il reconnaît le ca-

<sup>1</sup> Tacite, *Annal.*, I, 15, Orelli.



ractère authentique, dans ses *Studia romana* de 1859. *Earum et amplitudo est tanta*, dit-il, *ut ex latinis inscriptionibus una tantum possit cum iis contendere, et ea rerum gravitas ut locum a scriptoribus relictum eximie suppleant, longeque omnium titulorum latinorum utilitatem vincant; et tanta denique copia atque ubertas ut multorum studiis in multos annos sufficiant.* La persistance du régime municipal, au temps de Domitien, n'est donc plus l'objet d'aucune hésitation pour lui. Il y a plus, après avoir mieux réfléchi, M. Zumpt, mieux éclairé, avoue que les tables de Malaga illuminent plutôt qu'elles ne changent l'aspect de l'antiquité, tel qu'il se présentait à nos yeux dans les documents existants. Il s'agit seulement de mieux saisir l'esprit de ces documents. *Cupimus persuadere viris doctis*, dit-il, *nihil esse in tabulis Hispanicis, quod veteri de municipiis sententiæ repugnet; cupimus etiam dubitationibus tollendis providere, ne multis accidat, quod illustrissimo Jc<sup>to</sup> francogallico accidit, qui cum non pauca in his esse videret, quæ ab communibus opinionibus discreparent, vel quia vetera novis præferebat... de universorum monumentorum fide dubitare cæpit.*

Restreinte au point actuellement en discussion, je partage l'opinion modifiée de M. Zumpt; mais je dois dire, par anticipation, que je ne le suivrais pas dans la polémique savante et animée qu'il a soutenue contre M. Mommsen, au sujet de l'identification plus ou moins complète, à certain jour donné, du droit de latinité, *jus Latii*, et du droit de cité romaine, *jus civitatis*. Sans rien ajouter sur cette discussion, qui aura son tour dans notre réponse à M. Asher, bien que celui-ci n'ait point abordé la question si grave qui en fait l'objet, je reconnais avec M. Zumpt que la lumière nouvelle de la table de Malaga ne découvre pas, en ce qui touche la durée du régime municipal, pendant le premier siècle de notre ère, un horizon inconnu, ni un aspect opposé à celui des monuments précédents du temps passé. Elle dissipe seulement un nuage qui voilait le point de vue déjà marqué par la science, mais non encore complètement dégagé. C'était le système des *Commentationes* qui était nouveau; et, quelque ingénieuse qu'en fût la donnée, il était en contradiction avec les conclusions les plus accréditées de l'histoire et de l'épigraphie.

La politique des Césars s'était appliquée à disséminer en li-



bertés locales la grande et forte liberté qu'on exilait de Rome. *Habita oratione*, dit un *agrimensor* instruit, *divus Augustus de statu municipiorum tractavit*<sup>1</sup>. Il suivait en cela la voie que lui avait montrée son père adoptif. La faveur provinciale fut le point de départ de ce dernier; elle fut aussi le point d'appui d'Auguste, malgré les caresses dont il accabla la ville éternelle. Ses successeurs s'engagèrent tous dans le même ordre d'idées, qui les conduisit graduellement à l'admission de tous les sujets de l'empire au droit de cité romaine; admission qui n'avait plus de péril, comme au temps de la guerre sociale, puisqu'il n'y avait plus de comices à Rome. La permanence de ces comices, dans les municipes, loin d'être dangereuse, n'était elle-même qu'un dérivatif ouvert à l'activité politique, et un attrait offert à la résidence provinciale. Tibère, en transférant les comices *e campo in senatum*, comme dit Tacite, ne fit que réaliser un projet préparé par Auguste lui-même. *Primum principalium ejus operum*, dit un historien<sup>2</sup>, *fuit ordinatio comitiorum, quam manu sua scriptam D. Augustus reliquerat*. Personne ne fut ému de cet événement attendu : *Neque populus ademptum jus questus est*, dit Tacite. Il est des moments où les peuples, fatigués, abdiquent sans marchander entre les mains des princes. Heureux ces derniers et les peuples, quand ils usent sagement de cette abdication ! A l'époque du coup d'État de Tibère, Rome était encore entraînée par le courant qui avait déterminé, facilité la transformation du régime républicain en régime du Principat, ou de l'empire. Longtemps après, l'acte de Tibère était apprécié du même point de vue qui avait préoccupé les contemporains : *Summota e foro seditio*, dit Velleius Paterculus, *ambitio campo, discordia curia*. Pline le Jeune exprime le même sentiment (III, 20). Tibère continua donc à Rome la politique d'Auguste, avec des vices qui manquaient au fils adoptif de César. Il la continua aussi dans les provinces : il favorisa les municipes, et les municipes lui en témoignèrent leur reconnaissance ; il y en a des monuments épigraphiques<sup>3</sup>. Presque toutes les inscriptions qui nous restent du règne de ce prince sont des inscriptions municipales et des in-

<sup>1</sup> Frontin, dans les *Gromatici veteres*, de Lachmann, p. 18; cf. aussi le *Monumentum Ancyranum*, dans l'édition de Mommsen, 1866, in-8.

<sup>2</sup> Velleius Paterculus, II, 124; et Tacite, *Annal.*, I, 16.

<sup>3</sup> Voir, seulement les *Inscriptions* d'Orelli, 686-90.

scriptions votives, qui témoignent, à l'égard de Tibère, des sentiments que l'autel de Narbonne ou les *Cenotaphia pisana* constataient à l'égard de l'administration d'Auguste.

Les municipes furent donc très-libres et très-florissants pendant les premières années de l'établissement impérial, et Tibère ne changea rien, ou peu, à leur régime. Les *Possessores* y développèrent une activité administrative qui ne portait aucun ombrage à Rome; et ces républiques provinciales gardèrent pendant tout le premier siècle, au moins, des formes de liberté qui n'existaient plus dans la capitale. Gibbon<sup>1</sup> avait vu la chose comme nous, et je rappellerai, dans le même sens, ces paroles de M. Roth (1801) : *Tunc cœpere jura civitatum diligentius constitui, magnifice augeri, et religiosa administratione rerum publicarum, solatium amissæ reipublicæ boni principes præbere*<sup>2</sup>. Les mauvais princes furent, sur ce point, aussi avisés que les sages, et Domitien en est la preuve. Il s'occupa beaucoup des *municipia*, leur accorda de nouveaux privilèges, tels que ceux de Malaga, et se distingua même par ses générosités à leur égard. *Domitianus*, dit le même *agrimensor* que j'ai cité, *per totam Italiam subseciva possidentibus donavit*<sup>3</sup>. Revenons aux élections.

J'ai parlé de celles de Pompéi. Il paraît, en effet, qu'au moment où cette malheureuse ville fut surprise par l'éruption du Vésuve, elle était préoccupée par des élections municipales, car on y a recueilli, et récemment encore, une foule de placards électoraux, comme on aurait pu en voir à Rome dans les meilleurs temps de la république. Le désastre des deux villes d'Herculanum et de Pompéi est de 79. Nos bronzes sont de 82-83. C'est par un lapsus véritable que, dans mes *Tables de Salpensæ*, etc., page 102, j'ai cité Herculanum parmi les lieux où le nom de Domitien avait été respecté après sa mort, advenue en 96. Quoi qu'il en soit, dans les fouilles de Pompéi, apparaissent des inscriptions qui montrent : ici, une famille puissante annonçant qu'avec sa

<sup>1</sup> *Hist. de la décadence*, etc., t. III.

<sup>2</sup> Roth, *De re municipali*, p. 27. Il s'appuie sur la correspondance de Pline avec Trajan.

<sup>3</sup> Voir Frontin, dans l'édition citée des *Gromatici*, et les notes recueillies par Wernsdorff sur les *Subseciva*, dans l'édition citée des *Philippiques*, de Cicéron; cf. Orelli, *Inscript.*, n° 3118.



clientèle elle vote pour un candidat au duumvirat, ou à l'édilité, candidat qu'elle soutient être digne de la confiance publique; ici, un aspirant à l'édilité promettant aux électeurs de soigner la confection du pain mieux qu'on ne l'a fait jusqu'alors; là, des femmes riches prônant leur candidat, et s'agitant pour obtenir des élections qui leur soient à gré; ailleurs, des corporations usant, dans le même but, de la voie de la publicité; enfin, l'*ordo* lui-même soutenant son candidat officiel; sans parler des avertissements anonymes, plus ou moins obligeants pour les candidats, ni des *tabellæ*, qui étaient prêtes pour être distribuées à la population électorale, au moment de la fatale éruption. En un mot, on a découvert à Pompéi, après un enfouissement de dix-sept siècles, les monuments curieux de l'activité, des passions, des menées usitées dans les élections populaires<sup>1</sup>. Aussi le prudent Orelli et son savant continuateur, M. Henzen, n'ont-ils pas hésité à généraliser le fait qui leur paraissait si positif pour Pompéi. M. Henzen avait, de plus qu'Orelli, pour le confirmer dans ses conclusions générales, la démonstration attestée par les tables malacitaines, dont l'authenticité a été proclamée par lui avec autant de certitude que par les autres grands épigraphistes dont s'honore l'Italie contemporaine. Le célèbre *Bulletin de l'Institut archéologique* de Rome, et le troisième volume de l'*Amplissima collectio* d'Orelli, sont là pour l'attester.

Dans d'autres cités municipales, on a trouvé des inscriptions sépulcrales du premier siècle, qui, pour garantir les tombeaux de toute affiche du genre de celles de Pompéi, fulminaient des malédictions contre le candidat dont le nom aurait été placardé sur le marbre funéraire : QUOJUS CANDIDATI NOMEN IN HOC MONUMENTO INSCRIPTUM FUERIT REPULSUM FERAT<sup>2</sup>. Voilà une autre inscription du municipe de Bovilles, de la fin du premier siècle, où il est parlé des *comitia magistratuum creandorum*<sup>3</sup>. Or, ce n'était point pour des élections à faire, à portes closes, dans le

<sup>1</sup> Voir Henzen, nos 7227, 7276, etc.; n° 6966 et suiv.; et Orelli, n° 3700 et suiv.

<sup>2</sup> Voir Henzen, nos 6975 et suiv., et surtout une savante notice de M. Desvergers, de regrettable mémoire, sur une inscription de Forlimpopoli, dans le *Bulletin archéologique de l'Athenæum français*, août 1855, n° 8.

<sup>3</sup> Orelli, n° 3701.

sein de l'*ordo*, ou du conseil municipal, que tout cela était buriné. Et, quant aux actes municipaux dans lesquels intervient le *senatus* ou l'*ordo*, concurremment avec le *populus*, évidemment appelé pour donner son suffrage, je ne saurais compter le nombre qu'on en trouve dans les monuments épigraphiques. A Corfou, du temps des Antonins : *Splendissimus ordo, consentiente populo*<sup>1</sup>; ailleurs, *plebs urbana*, et *decreto civium universorum*<sup>2</sup>; à Gabies, *placere universis*, sous Domitien même<sup>3</sup>. Le recueil de M. de Boissieu nous montre aussi des élections lyonnaises, à peu près de la même époque<sup>4</sup>.

La table de Malaga ne nous révèle donc point, en fait de libertés municipales et électorales, le contraire de ce qu'on croyait jusqu'à présent; plus peut-être, oui bien; mais l'opposé, non. Domitien n'a point rétabli la république des anciens jours au fin fond de la Bétique; il n'a fait que conserver la constitution municipale qu'il avait trouvée en vigueur et prospère; il n'a fait que continuer la politique de sa race et du *consistorium* impérial, en favorisant et développant l'émancipation des cités, surtout dans l'Espagne méridionale, objet d'une affection particulière des Flaviens. Il a suivi cette politique partout, et Pline cite plusieurs privilèges accordés par ce prince aux villes de son gouvernement. Cependant Domitien n'a pu donner aux cités une prospérité durable, pas plus que les Antonins, car la loi municipale elle-même que nous avons sous les yeux prouve que, malgré les apparences d'une liberté trompeuse, les germes de cette langueur mortelle, de cette défaillance désolante dans laquelle nous trouvons les municipes au quatrième siècle, existaient déjà vers la fin du premier siècle. Notre statut de Malaga n'ajoute qu'une preuve de plus à cette conclusion, savoir : que ce n'est que longtemps après Tibère que les élections ont passé, dans les municipes, du suffrage universel au suffrage restreint des décurions, ou de l'*ordo*.

Quelle époque assigner à ce changement? comment la transition s'est-elle faite? a-t-elle eu lieu partout et du même coup? Autant de questions difficiles et dont la solution est enveloppée

<sup>1</sup> Henzen, nos 7170, 7171, 5171, 5185, etc.

<sup>2</sup> Orelli, nos 764, 784, etc.

<sup>3</sup> Orelli, nos 775 et 2531.

<sup>4</sup> Boissieu, p. 160-61 de ses *Inscriptions de Lyon*.



de nuages. Je croirais volontiers qu'il n'y eut pas, en ce qui touche le régime municipal, une conduite uniforme dans l'administration de l'empire. Il est probable qu'on maintint, dans beaucoup de municipes, les pratiques diverses que le temps avait consacrées; et que la suppression des privilèges ou libertés fut également variable et diverse. Plusieurs inscriptions anciennes font mention de duumvirs créés par les décurions, et il y en a un texte plausible dans Ulpien<sup>1</sup>. Aussi M. Roth, après avoir esquissé le droit commun des municipes, sous la république, lequel était la liberté des élections, note pour la période impériale, en en reculant un peu l'époque, la création successive des magistrats par l'*ordo*<sup>2</sup>, sans rechercher ni préciser comment la transition s'est opérée. Il n'avait pas sous la main les éléments d'une solution nette et satisfaisante. Nous avons plus de documents que lui, mais pas encore assez pour conclure sans hésiter. Pour Rome même, la question ne laisse pas que d'offrir quelque embarras<sup>3</sup>, car Auguste, Tibère, Vespasien, Trajan, respectèrent les formes, autant qu'il était possible à leur politique. Ce qui fit dire à Tacite, à l'endroit de Tibère : *Speciosa verbis, re inania aut subdola : quantoque majore libertatis imaginē tegebantur, tanto eruptura ad infensius servitium*. Pline le Jeune est plus courtisan, quand il dit à un prince, excellent à la vérité : *Perpesus es longum illud carmen comitiorum... consulque sic factus es, ut unus ex nobis... Averseris tu honori tuo sperata suffragia, renuntiarique te consulem fuisse contentus, liberæ civitatis ne simulationem quidem serves*<sup>4</sup>?

Une première atteinte à l'ancien droit de libre élection dans les municipes a pu être l'œuvre de cette loi *Petronia* que M. Roth ne connaissait point, qu'Orelli a connue tard, et sur laquelle M. Zumpt avait fondé son système. Une inscription trouvée à Pompéi en 1816 ou 1817, et consignée par Millin, dans

<sup>1</sup> Voir Henzen, n° 5280; Orelli, en rapportant son inscription, n° 2287, indique une opinion qu'il rétracte, sous l'inscription de *Pompeii*, n° 3700. Il n'a reçu ce dernier document qu'après avoir imprimé son premier volume.

<sup>2</sup> *De re municip.*, p. 24, 75, etc.; cf. Mazocchi, *Tab. heract.*, p. 401, 421 et 447.

<sup>3</sup> Marquardt, *loc. cit.*, II, 3, p. 201 et suiv.

<sup>4</sup> *Panegy. Traj.*, 63, Schwarz. — Tacite, *Annal.*, I, 81.

son *Magasin encyclopédique* (t. IV, p. 459), portait ces mots : *Præfectus juri dicundo ex D. D. (decreto decurionum) lege Petronia*. Elle mit les savants sur la voie, et fit remarquer d'autres inscriptions où on lisait aussi : *Præf. juri dic. decurionum decreto*, et autres formules analogues. Les antiquaires, et M. Orelli avec eux, en conclurent, avec toute apparence de raison, que l'objet de cette loi *Petronia*, qu'on peut assigner au temps d'Auguste, était d'aviser à la création d'un magistrat extraordinaire, par l'ordo, dans les municipes où l'on aurait craint des troubles pour les élections populaires<sup>1</sup>. M. Zumpt a partagé ce sentiment; mais il avait évidemment exagéré la portée de cette loi, avant d'avoir connu les tables de Malaga. Leur découverte a certainement modifié sa première intuition, à ce sujet. On lit dans les *Cenotaphia pisana*, d'une époque où personne n'avait songé à porter atteinte aux libertés municipales : *Cum in colonia nostra propter contentiones candidatorum magistratus non essent*. Quelque chose de semblable avait dû se passer à Narbonne, où on lit sur l'inscription du fameux autel : *Judicia plebis decurionibus conjunxit*. Le monument dont nous avons déjà parlé, portant l'inscription de Bovilles, de l'an 137, permettrait de penser que, dans ce municipe, la liberté des élections fut très-longtemps suspendue, puisqu'une inscription consacre le souvenir du *curator*, qui obtint le rétablissement de l'ancienne constitution : *Hic primus comitia magistratuum creandorum causa instituit*<sup>2</sup>. Dans d'autres temps, et à l'occasion d'autres élections, les constitutions impériales nous apprennent que le droit électoral fut restreint à l'assemblée réunie des *decurions* et des *possessores*<sup>3</sup>.

Remarquons bien que tout cela se passait, en même temps que, dans d'autres municipes, régnait et se maintenait la plus complète liberté d'élection. En cette matière donc, comme en tant d'autres du régime municipal, on est près de l'erreur quand on conclut du particulier au général, et la vérité est qu'il y avait une grande variété, soit dans la tolérance du gouvernement impérial, soit dans la constitution individuelle des muni-

<sup>1</sup> Voir Orelli, sur l'insc., n° 3979; et cf. Mommsen, *Insc. neap.*, n° 5041; et *index*, n° XXVI.

<sup>2</sup> Voir Marini, *Atti*, t. II, p. 654.

<sup>3</sup> Voir Ulpien, fr. 1. ff. 50, 9; et les const. 10, tit. IV; 8, tit. 55 du livre I du Code de Justinien.



cipes. Les mesures générales ne furent guère dans l'esprit de l'administration romaine, pendant le premier siècle de l'empire, et bien au delà : il suffit de lire la correspondance de Pline avec Trajan pour s'en convaincre. César n'eut que de vagues projets en ce point, et c'est plus tard que l'idée préconçue d'une grande unité a dominé les pratiques du gouvernement ; les réformes de Dioclétien en ont été le résultat officiel.

Quant à l'époque où les mesures restrictives du droit électoral de la *plebs* des municipes paraissent avoir pris un certain caractère de généralité, nous n'avons pas de document plus ancien qu'un texte d'Ulpien, qui est invoqué comme argument contre la vraisemblance d'authenticité du statut de Malaga. Mais d'abord, nos bronzes sont de l'an 82 ou 83, et Ulpien est mort assassiné, je crois, en 230. Ensuite, on peut dire que ce texte n'est pas très-concluuant, parce que la leçon n'en est pas fixée avec certitude, et parce qu'il ne constate qu'une pratique exceptionnelle : *Solent plerumque Præsides remittere ad ordinem nominatum*<sup>1</sup>, *ut Caium Seium creent magistratum*, etc. Enfin on peut voir, par les doctes observations de M. Roth, sur ce fragment, que l'autorité d'Ulpien se renferme ici dans une limite assez étroite. Cependant je reconnais une certaine généalogie entre les *commendationes* électorales des empereurs, à Rome, selon ce qu'en rapportent les historiens et les monuments du premier siècle<sup>2</sup>, et les *nominations* ou présentations d'Ulpien, qu'on a traduites à tort en notre langue par nomination, ce qui est tout autre chose<sup>3</sup>. Une nuance intermédiaire est fournie par une inscription de Lyon.

Retournons à la table de Malaga et aux objections particulières du docte M. Asher, ou de ses rares adhérents. Il en est une que l'érudit *privat docent* n'a pas reproduite, mais dont un de ses plus autorisés prédécesseurs, dans la polémique actuelle, avait fait argument, et à laquelle je répondrai ici *transeundo*. Elle est

<sup>1</sup> Cette leçon est douteuse ; on peut lire *nominatim* ou *nominandum*. Voir Schulting, *not.* ad fr. 1, § 3, ff. 49, 4 ; et Roth, *loc. cit.*, p. 76.

<sup>2</sup> Voir Tacite, *Annal.*, I, 16 ; Velleius Paterc., II, 124 ; le sénatus-consulte, *De imp. Vespasiani*, etc. Ces *commendati* sont nommés *candidati principis* dans les inscriptions.

<sup>3</sup> Voir Roth, *loc. cit.*, p. 76 : Ernesti, *Clavis Cicer.*, v° *Nominatio* ; Brissou, *hoc v°* ; et Marquardt, II, 3, p. 203.

tirée d'une similitude de formule entre la table de Bantium et la table de Malaga, en ce qui touche l'intervention du dol, dans des matières qui n'en paraissaient guère susceptibles au savant critique, à savoir les cas prévus par les numéros 58, 59, 60 et 64 de la table de Malaga, d'où mon savant adversaire concluait à une inepte imitation, par le faussaire malacitain, d'une formule employée, selon lui, avec plus de discernement, dans la table de Bantium. Quelques explications préalables sont indispensables pour introduire le lecteur aux textes mêmes de Malaga, où se trouve la *clausula doli*.

Avant de passer dans les monuments du droit public, cette clause avait dû traverser les monuments du droit privé. De ceux-ci seulement elle avait passé dans les premiers, et voici comment. Aux débuts de la civilisation romaine, les lois ne s'étaient préoccupées de l'effet des manœuvres frauduleuses dans les contrats qu'à l'égard des incapables qu'elles avaient la mission de protéger : par exemple, à l'encontre des tuteurs. A l'égard des personnes qui jouissaient de la plénitude de leurs facultés, elles devaient réfléchir et aviser, avant de prononcer les paroles solennelles de l'engagement civil. Le caractère religieux de l'obligation romaine ne permettait pas de se soustraire à la nécessité de son exécution. La *fides* était une des bases de la société civile. Cependant on distinguait, parmi les contrats, ceux qui étaient de droit rigoureux, *stricti juris*, et ceux que l'usage qualifiait de contrats de bonne foi, *bonæ fidei*. Dans ces derniers, qui devaient leur naissance à un consentement donné de confiance, comme rien n'était plus opposé à la bonne foi que le dol, on avait admis que le dol viciait ce genre d'obligation et que le magistrat, ou même le *judex*, trouvait, pour atteindre la fraude, un pouvoir suffisant dans ses fonctions elles-mêmes. Les actions et les exceptions de dol étaient sous-entendues dans ces contrats, et l'action même du contrat supposait la *cautio doli*. Le juge n'était pas empêché, par la formule, de rechercher le dol, s'il existait, ou de s'en préoccuper, dans la *sententia* : *Quia tantundem*, disait Paul, *in bonæ fidei judiciis, officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei interrogatio*<sup>1</sup>. Le dol donnait en outre ouverture à un *arbitrium judicis*.

<sup>1</sup> Fr. 7, ff. III, 5, De neg. gest.



Dans les contrats *stricti juris*, c'était tout autre chose : *Uti lingua nuncupasset, ita jus esto*. Non recevable était à se plaindre celui qui avait prononcé le *spondeo* sacramental de la stipulation. Que n'était-il plus prudent avant de s'engager? On semblait d'autant plus obligé qu'on était trompé davantage. Au temps de Cicéron, un jurisconsulte de grande autorité, Aquilius Gallus, ami et collègue de l'orateur, dans la préture, introduisit dans la pratique l'usage d'une clause qu'on insérait dans la stipulation, et par laquelle on se défendait contre les atteintes du dol, s'il existait<sup>1</sup>; par là, cessèrent des scandales dont on voyait auparavant de fréquents exemples. Cette clause était celle-ci : *Dolumque malum huic rei promissionique abesse, absuturumque esse*; quelquefois simplement : *Dolus malus abesto*, ou d'autres expressions analogues. Au moyen de cette *cautio*, le magistrat avait le droit d'enjoindre au *judex* de s'enquérir du dol, bien que l'action fût *stricti juris*, car, quoi qu'en ait pensé Cujas, le caractère de l'action n'était point changé par l'insertion de la clause dont il s'agit<sup>2</sup>; seulement l'action du contrat donnait lieu à l'examen du dol, dans toutes ses conséquences; et, indépendamment du caractère essentiellement pénal de la *sententia*, l'action elle-même dégénérait naturellement de la *condictio certi* en *incerti condictio*. Des avantages aussi marqués donnèrent à la formule d'Aquilius Gallus une grande faveur, et son emploi se retrouva dans toutes les stipulations où un rédacteur avisé pouvait l'introduire, et dans les testaments même où se trouvaient des dispositions susceptibles d'une exécution plus ou moins dolosive. Les magistrats enfin l'introduisirent dans les stipulations judiciaires, comme celle de l'*usufruitier*, à son entrée en jouissance; et les actions qualifiées *populares* devinrent également susceptibles de son application, comme nous le voyons dans la table de Malaga.

Après ces notions préliminaires, nous pouvons parcourir les différents textes de jurisconsultes et les divers monuments épigraphiques où nous rencontrons la *cautio doli*.

La caution usufructuaire contenait deux clauses essentielles,

<sup>1</sup> Voir Cicéron, *De officiis*, III, 14, Beier; et Noodt, *De forma emendandi doli mali, in contrah. negotiis*, dans ses Œuvres complètes (t. I, cap. 5°).

<sup>2</sup> Voir Voet, *Ad Pandect.* sur le titre IV du livre XLIV, n° 3.

qui étaient relatives : 1° au mode de jouissance, 2° à la restitution due au nu-propriétaire.

Elle contenait en outre, et de plein droit, une autre clause accessoire et sous-entendue, la clause accessoire *de dolo*, très-fréquente dans les stipulations qui interviennent par ordre du magistrat ou du *judex*. L'usufruitier garantissait ainsi l'absence de dol, soit dans le présent, soit dans l'avenir, à l'endroit du propriétaire; et comme cette clause n'était pas restreinte, dans l'usage, au dol personnel du promettant, et qu'elle se référait à la garantie du dol, en général, elle comprenait, par voie de conséquence et d'équité, la garantie du dol des successeurs universels de l'usufruitier, et même, en cas d'adoption, la garantie du dol du père adoptif : lesquels, sans succéder à l'usufruit, pouvaient avoir momentanément en main la chose objet de l'usufruit. Le dol qu'ils auraient pu commettre, en ce moment, était garanti par la caution usufructuaire, tout comme le dol de l'usufruitier lui-même; car l'obligation prise à cet égard par l'usufruitier se transmettait à ses successeurs. Tel était l'objet de la loi 5, au Digeste, VII, 9, tirée du commentaire d'Ulpien sur l'Édit perpétuel<sup>1</sup>.

Tel était, d'ailleurs, l'effet de la clause *de dolo*, dans toute circonstance, ainsi que nous l'apprend le même Ulpien, dans un autre ouvrage, dont un fragment est employé dans le titre *De verborum obligationibus*. Nous y lisons : *Si quis dolum malum promissoris heredisque ejus abesse velit, sufficere ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE stipulari; si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adjici : CUI REI DOLUS MALUS NON ABEST, NON ABFUERIT, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI SPONDES*<sup>2</sup>? Papinien nous a transmis aussi un exemple d'application de la même clause, et des effets qui en résultaient, par rapport à l'*incertum* inévitable de l'*intentio*, en pareil cas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ulpien, fr. 5, princ., ff. 7, 9. *Huic Stipulationi* (la stipulation indiquée au fr. 4) *DOLUM MALUM ABESSE ABFUTURUMQUE ESSE continetur; et quum in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum et adoptivi patris.*

<sup>2</sup> Fr. 38, § 13, ff. 45, I. *De verbor. obligat.*; cf. fr. 83, pr. *ibidem*.

<sup>3</sup> Papinien, fr. 121, princ. ff. 45, I. *Ex ea parte cautionis : DOLUMQUE MALUM HUIC REI PROMISSIONIQUE ABESSE, ABFUTURUMQUE ESSE, STIPULATUS EST, SPONDIDIT ILLE, incerti agetur, stipulationis utiliter interponenda gratia.*



Peut-être avant Aquilius, inventeur de l'*everriculum maliciarum omnium*, selon la parole de Cicéron, les prêteurs avaient admis dans leur programme l'action de dol : *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo*; quoi qu'il en soit, l'action ou l'exception de dol prit dans les procès une grande extension. On n'a voulu voir qu'un formalisme de l'enfance des sociétés dans les rigoureuses observances du droit romain ancien. C'est une erreur. Les sociétés primitives des temps antiques étaient fondées sur des principes dont la pratique avait un intérêt d'État. Le culte du foyer domestique personnifié dans Hestia ou Vesta; le culte du droit de propriété personnifié chez les Grecs dans Jupiter Hercéen, à Rome dans le dieu des limites; enfin la sainteté des engagements représentée à Rome par le culte de la *fides*, une des grandes divinités nationales; voilà les trois bases de la société romaine, les trois dogmes de la religion du droit, dont le collège des pontifes est resté, jusqu'à Auguste, le régulateur suprême. Le *status publicus* reposait sur ces trois pivots<sup>1</sup>. Est-il étonnant que le respect ait été poussé jusqu'à la superstition, et le scrupule jusqu'à une apparente puérilité? Chez un peuple si grave, tout avait une signification profonde et une raison d'ordre public. Mais le développement de la société motiva plus tard d'autres pratiques. Il vint un temps où la raison philosophique et juridique remplaça la raison religieuse; où il parut sage que la forme ne l'emportât pas toujours sur le fond; et, sans changer l'économie extérieure du droit, on trouva des moyens pour faire prévaloir un fond d'équité sur la forme rituelle des anciennes obligations contractuelles du droit civil.

Le nom lui-même de la *fides* se retrouve dans la terminologie pratique du vieux droit des obligations, en un sens que ne lui a pas conservé la philologie des jurisconsultes philosophes. Des tablettes romaines, découvertes en Transylvanie, en 1855, nous ont révélé un *instrumentum mutui* de l'an 162, d'autant plus précieux que je le crois unique en son espèce. Sa rédaction semble empreinte de l'intention d'introduire un contrat *bonæ fidei* dans un contrat *stricti juris*. Je le mets sous les yeux de

<sup>1</sup> Voir, sur l'influence de la religion, par rapport au droit romain, les points de vue nouveaux et profonds de M. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, t. I, p. 265.

mes lecteurs; le monument a la forme d'un triptyque. On lit dans l'intérieur :

*Pag. 1. DENARIOS LX Qua die Petierit Probos Recte Dari Fide ROGAVIT JULIUS ALEXANDER, Fide Promisit ALEXANDER GARRICH, ET SE EOS DENARIOS LX, QUI SUPRA SCRIPTI SUNT, MUTUIS NUMERATIS ACCEPISSE ET DEBERE SE DIXIT, ET EORUM USURAS EX HAC DIE IN DIES XXX... DARI JULIO ALEXANDRO EIVE AD QUEM EA RES PERTINEBIT FIDE ROGAVIT JULIUS ALEXANDER DARI, FIDE PROMISIT ALEXANDER GARRICH.*

*Pag. 2. ID FIDE SUA ESSE JUSSIT TITIUS PRIMITIUS DE Sorte Supra Scripta Cum Usuris Recte Probe Solvendis.*

ACTUM, ALBURNO MAJORI, XIII kal. NOVEMBR. RUSTICO II ET ADULINO COSS.<sup>1</sup>.

Sur la partie extérieure, on recueille les lignes suivantes :

DEN. SEXAG... PETIERAT...	Linum cum signis.	VASIDII VICTORIS
PROBIS... FIDE ROGAVIT		NICONIS
JULIUS ALEXANDER DARI FIDE		BAJONIS
PROMISSIT ALEXANDER GARRICH		JOVETHI
ET CIL... QUI SUPRA SCRIPTI SUNT...		TITIUS PRIMITIUS
NUMERATIS ACCEPISSE		ALEXANDRI GARRICH
DEBERE... SEXTIN...		IPSIUS DEBITORIS

On peut remarquer, sans que j'insiste sur le détail, 1° les nombreuses analogies de cet *instrumentum* avec la *cautio* de la célèbre loi *Lecta* (40, ff. XII, 1), malgré des différences plus importantes encore que les analogies; 2° l'expression *fide rogare*,

<sup>1</sup> La condition extérieure de cet acte est de tout point conforme aux prescriptions indiquées dans les *Receptæ sententiæ* de Paul, V, 25, § 6, édit. de Arndts, dans le *Corpus J. antej.*, de Bonn. — *Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quæ publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur, atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servant. Aliter tabulæ prolatae nihil momenti habent.* Cf. Haubold, *Opuscula acad.*, t. II, p. 881, et le fac-simile des tables de Transylvanie, dans Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, Tubingue, 1860, p. 85.



formule que ne reproduit aucun autre monument juridique à nous parvenu. La table d'Héraclée a : *jure rogavit* ; il s'agissait de la présentation d'une loi. 3° L'expression *fide promisit* dans le sens d'un engagement principal, tandis que Gaius donne la *fide promissio* comme une variété de cautionnement, c'est-à-dire d'engagement accessoire. D'autres observations aussi curieuses n'échapperont pas à l'intelligence de mes lecteurs<sup>1</sup>.

La *clausula doli* devint donc usuelle et banale dans tous les actes privés et publics. — Les exemples en abondent sur les monuments épigraphiques. Voici un *instrumentum donationis*, gravé sur un tombeau découvert à Rome, au siècle dernier ; il est incorrectement rapporté dans une note de mes *Tables de Salpensa et de Malaga*.

D. M. (*diis manibus*) M. HERENNII PROTI. Vixit Annos XXII  
Menses II Dies V. FECERUNT PARENTES M. HERENNIIUS AGRICOLA  
ET HERENNIA LACENA FILIO.

OLLARIA Numero IIII CINERARIA Numero LIII INTRANTIBUS  
PARTE LAEVA QUE SUNT IN MONUMENTO T. FLAVII ARTEMIDORI  
QUOD EST VIA SALARIA IN AGRO VOLUSHI BASILIDES IENTIBUS  
(*euntibus*) AB URBE PARTE SINISTRA DONATIONIS CAUSA MANCIPIO  
ACCEPIT M. HERENNIIUS AGRICOLA DE TITO FLAVIO ARTEMIDORO  
HS (*sestertio*) Nummo I (*uno*)<sup>2</sup> LIBRIPENDE M. HERENNIO JUSTO.  
ANTESTATUS EST<sup>3</sup> TIBERIUM JULIUM EROTEM INQUE VACUAM POS-  
SESSIONEM EARUM OLLARUM ET CINERARIORUM T. FLAVIUS ARTE-  
MIDORUS HERENNIO AGRICOLE IRE AUT MITTERE OSSA QUE INFERRE  
PERMISIT SACRUM QUE QUOTIENS FACERE VELLIT HERENNIIUS  
AGRICOLA HEREDESVE EJUS PERMISIT CLAVISVE EJUS MONUMENTI  
POTESTATEM FACTURUM SE DIXIT DOLUM QUE MALUM HUIC REI  
ABESSE AFUTURUMQUE. SE HAEC RECTE DARI FIERI PRAESTARI  
QUE STIPULATUS EST M. HERENNIIUS AGRICOLA. SPEPONDIT (*sic*)  
T. FLAVIUS ARTEMIDORUS.

<sup>1</sup> Voir M. Arndts, *Krit. Ueberschau.*, VI, 76, 438 ; et M. Detlefsen, dans les *Sitzungsber. d. Wiener Academie*, année 1857 (33-601).

<sup>2</sup> Au sujet de l'abolition de cette forme usitée dans les mancipationes, voir la Const. de Justinien, 37, au Code, VIII, 54. — Cf. pour une autre inscription portant *Nummo uno*, Orelli, n° 4571.

<sup>3</sup> Sous-entendu, *M. Herennius Agricola*.

ACTUM XVIII Kalendas Januarii C. CALPURNIO FLACCO L. TREBIO GERMANO Consulibus <sup>1</sup>.

Un autre monument de même origine, mais de date plus ancienne et plus certaine (l'an 149), porte l'inscription suivante : *Diis Manibus. P. Aelius Augusti Libertus IOBACCHUS FECIT ET PEDATURAM DEDIT ANTE TITULUM Pedes XXX ANTE FRONTEM Pedes XXX ET IN AGRO QUOQUE Pedes CENTENOS YACINTHO VERNA SUO ET SIBI LIBERIS LIBERTIS LIBERTABUS SUIS POSTERISQUE EORUM EXCIPIT ITUS ACTUS ADITUS AMBITUS ITEM AQUAE AERAM* <sup>2</sup> *FUNEM PISTRINI FURNI VIRGARUM LIGNI SACRIFICIIS FACIUNDIS ET CETERA QUAE IN LEGE PUBLICA CONTINENTUR. HOC MONUMENTUM HEREDEM NON SEQUITUR. Huic Monumento Dolus Malus Abesto. Bene Merenti Memoriae Causa. ORFITO ET PRISCO Consulibus* <sup>3</sup>.

Une inscription de dédicace religieuse, la dernière que je citerai ici, de l'an 696 de Rome, porte la clause suivante : *QUAE PEQUNIA RECEPTE ERIT, EA PEQUNIA EMERE CONDOCERE LOCARE DARE QUOD ID TEMPLUM MELIUS HONESTIUS SEIT LICETO... QUOD D (dolo) M (alo) NON ERIT FACTUM, QUOD EPTUM ERIT AERE AUT ARGENTO EA PEQUNIA... EIS REBUS EADEM LEX ESTO QUASEI SEI DEDICATUM SIT* <sup>4</sup>.

Les sigles si connus : H. M. S. D. M. (*hoc monumentum sine dolo malo*) CONCESSUM EST, se retrouvent dans toutes les collections <sup>5</sup>. Nous voyons dans la table d'Héraclée que la condamnation pour dol était une cause d'exclusion des dignités municipales <sup>6</sup>; nous savons par ailleurs qu'elle faisait encourir la *levis notae macula*, et qu'elle entraînait la perte de l'*existimatio*.

On poussa plus loin les précautions contractuelles, et, pour mieux se garder contre la rigueur du pur droit civil, à la *clausula doli* on ajouta des formules qui attestaient le ferme vouloir de

<sup>1</sup> Ce sont des *consules suffecti*. Muratori rapporte cette date à l'an 174, d'autres l'avancent jusqu'à l'an 197, d'autres jusqu'en 204. J'adopterais de préférence la seconde opinion. Cf. Orelli, n° 4358, et Spangenberg, *Juris romani Tabulae negotiorum solemnium*, p. 154.

<sup>2</sup> Voir sur l'*Usus aquae in inferiis*, les *Observat.* de Cujas, liv. XIII, chap. XXXVI.

<sup>3</sup> Voir Orelli, n° 4379, 4389, et p. 461, t. II.

<sup>4</sup> Orelli, n° 2488; et Muratori, n° 587.

<sup>5</sup> Orelli, n° 4571 et les *Indices*, cf. Mommsen, *Corpus inscr.*, t. I, n° 1091.

<sup>6</sup> Mommsen, *Corpus inscr.*, t. I, p. 122.



faire prédominer judiciairement l'interprétation d'équité. Telles sont celles qu'on lit sur divers monuments épigraphiques : HJUS MONUMENTI DOLUS MALUS ABESTO ET JURIS CONSULTUS<sup>1</sup>; — AB IIS OMNIBUS DOLUS MALUS ABESTO ET JUS CIVILE<sup>2</sup>; — AB IIS OMNIBUS LIS ABEST<sup>3</sup>; — HUIC MONUMENTO DOLUS MALUS ET JUS CIVILE ABSIT OU ABESTO<sup>4</sup>. La première fois que ces inscriptions reparurent au grand jour, elles semblèrent suspectes, surtout à Maffei, qui crut y voir l'audace de Ligori<sup>5</sup>; mais la multiplicité des découvertes et la répétition des mêmes formules<sup>6</sup> ont éloigné le doute et le soupçon. Tout l'effort des contractants, tous les conseils des praticiens, se portèrent à éloigner l'application du *jus civile*, surtout dans les conventions où une rigueur traditionnelle consacrait des procédés d'exécution ruineux et redoutés.

Cette préoccupation générale des esprits, qui tendait à faire prévaloir l'équité juridique dans l'interprétation des conventions, aboutit à un autre résultat analogue, dans l'appréciation criminelle des actions humaines, qui fut de les soumettre, pour les juger, à l'examen de l'intention qui les avait provoquées. Ainsi, nous trouvons dans des fragments de lois parvenus jusqu'à nous, telles que la loi *Servilia* et la loi *Icilia*, si tant il y a que la loi de Bantium soit un reflet de cette dernière, nous trouvons, dis-je, dans des lois répressives de la concussion, le jugement sévère du législateur subordonné à la condition de l'intention dolosive des accusés : *Si quis dolo malo*, etc. De même, à Malaga, la loi municipale donne une *actio popularis* pour la poursuite d'une amende de 10,000 sesterces, contre quiconque, agissant *dolo malo*, aurait empêché la réunion des comices municipaux (art. 58). Après les élections municipales, un serment solennel est imposé aux magistrats élus, qui doivent promettre de faire respecter la loi et de ne souffrir *dolo malo* qu'il soit rien fait contre elle (art. 59). Une caution est imposée à celui qui briguer a

<sup>1</sup> Inscript. trouvées à Rome. Voir Orelli, nos 4374, 4821.

<sup>2</sup> Voir Gruter, 603, 12; cf. Zell, *Inscript. doctus*, n° 432; Orelli, nos 4374, 4390, 4391, 4821.

<sup>3</sup> Gruter, 903, 12; et Orelli, n° 4390.

<sup>4</sup> Voir Henzen, p. 210 de ses *Indices*.

<sup>5</sup> Maffei, *Art. crit. Lapid.*, p. 246.

<sup>6</sup> Voir Marini, *Iscriz. Alb.*, p. 123; et *Atti e monum. fr. Arval.*, 2, p. 556.

la charge de duumvir ou de questeur, caution qui a pour objet la sûreté du trésor municipal, et qui doit être fournie *sine dolo malo* entre les mains du président des comices (art. 60). Enfin, dans une autre disposition, il s'agit de l'engagement des *prædes*, qui doit être également exempt de dol : ils doivent être libérés *sine dolo malo*, à l'expiration de leur obligation. Il n'y a rien là que de conforme aux habitudes romaines de l'époque classique ; et la conformité en avait paru si parfaite à l'un de nos contradicteurs qu'il en aurait tiré la conclusion d'un plagiat grossier, pratiqué par le faussaire espagnol, sur le modèle de la loi de Bantium. L'accusation de faux se fondait alors sur l'hypothèse d'une falsification moderne ; mais, aujourd'hui que l'accusation de faux recule le crime au seizième siècle, la supposition d'une copie de la Table de Bantium tombe complètement, puisque ce dernier monument n'a été découvert qu'à la fin du siècle dernier<sup>1</sup>. Aussi M. Asher s'est-il abstenu de reproduire cet argument. Ce que j'ai dit de la *clausula doli*, je le dirai aussi de la formule du serment de la Table de Salpensa, dont j'avais déjà parlé dans mon précédent volume, pag. 57 et suiv.

Puisque je viens de parler de la Table de Salpensa, j'en saisirai l'occasion pour dire quelques mots, en terminant cet article, sur deux ou trois questions qui se rapportent à la rencontre de cette Table, à Malaga. On a cru d'abord que la loi de Malaga était gravée de la même main que le bronze de Salpensa. Je ne puis l'accorder. On n'a qu'à voir les *fac simile* que nous possédons aujourd'hui. Le bronze de Malaga offre des fantaisies de burin, fréquentes sur les bronzes antiques, ainsi qu'on peut s'en convaincre en jetant les yeux seulement sur les planches qui accompagnent le *Manuel d'épigraphie* de M. Zell ; et ces traits de burin, qui ressemblent à des traits de plume, ne se remarquent pas sur le bronze de Salpensa. Le caractère de ce dernier est d'ailleurs d'un plus gros modèle que celui de Malaga. J'avais déjà signalé dans l'orthographe de Malaga des indices d'une dureté de prononciation qui n'existait pas au voisinage d'*Hispalis*.

<sup>1</sup> En 1793. Sur la table de Bantium, voir les observations savantes de M. Mommsen, dans le *Corpus inscript.*, de Berlin, t. I, p. 45 et suiv. C'est la meilleure source à consulter aujourd'hui. Voir spécialement les vers. 5, 6 et 7, et le vers. 16. La loi *Servilia* contenait des dispositions analogues. Le *Scientem dolo malo* s'y retrouve plusieurs fois.



Quant à la rédaction, elle offre, dans les deux Tables, de nombreuses analogies ; mais une observation attentive fait ressortir des traits qui ne permettent pas d'attribuer les deux lois à un même rédacteur, bien que la chose fût non-seulement possible, mais naturelle, puisque les deux cités dépendaient du même gouvernement, quoique situées dans deux ressorts ou *conventus* différents. Mais il saute aux yeux que la Table de Salpensa est, en général, d'une meilleure latinité que la Table de Malaga. Je n'en citerai pour exemple que cet article où l'on croit lire Ulpien lui-même, au Fr. 3, ff. 50, 9 : *Lege municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis*. Au demeurant, les deux municipes, bien que placés dans des conditions différentes, au point de vue géographique, comme au point de vue politique et commercial, ont dû être soumis à des lois communes, en ce qui regarde la vie civile et privée ; car la collation successive du *jus latii* et de la *civitas* eut surtout pour objet l'établissement de l'unité progressive d'administration, qui satisfait les provinces, par l'avantage d'une égalité flatteuse et profitable avec l'Italie, et par la perspective d'une participation séduisante aux privilèges de la capitale.

Par quelle aventure enfin le bronze de Salpensa s'est-il trouvé enfoui à Malaga, en compagnie d'une table de la loi municipale de cette dernière ville ? C'est ce qu'il est difficile d'expliquer, sans se heurter contre des difficultés. Constatons, avant tout, la tradition mentionnée dans la lettre de l'honorable M. Loring, d'une découverte plus ancienne, qui aurait mis au jour d'autres tables de bronze, trouvées dans le même lieu, lesquelles contenaient probablement les parties aujourd'hui perdues de nos deux lois municipales. Quoi qu'il en soit, il ressort de la rencontre des deux bronzes, à Malaga, des preuves d'authenticité qui ont été déjà signalées. Si les bronzes étaient faux, ils nous donneraient la même rédaction pour les *duae partes* ; et la main habile et avisée qui aurait effacé le nom de Domitien sur la Table de Malaga n'aurait pas manqué de faire la même opération sur la Table de Salpensa. Celle-ci est arrivée à Malaga, de toute certitude, après la mort de Domitien, et après avoir sauvé le nom du prince de l'injure que lui avait infligé le décret du sénat ; car il est assuré que si les deux tables avaient été exposées à Malaga, au moment où le décret était exécuté, on aurait effacé un nom

odieux, sur l'une comme sur l'autre. Il est donc évident que les deux tables n'ont été réunies, à Malaga, qu'après la mort de Domitien. La supposition que les habitants de Salpensa ont pris la fuite devant les bandes germaniques qui dévastèrent l'Espagne et qu'ils sont venus se réfugier à Malaga, où ils ont emporté leur loi municipale, peut paraître hasardée, par la considération des obstacles de localité, autant que par d'autres motifs.

Je croirais plutôt que la loi de Salpensa, composée en grande partie de dispositions d'ordre purement civil, a été adoptée, après la mort de Domitien, comme loi supplémentaire, par la cité de Malaga, dont la loi municipale ne contenait primitivement que des règlements d'ordre politique et administratif. Les anciens usages civils et indigènes de Malaga avaient survécu, sans doute, à la transformation de cette ville, de cité *federata* en cité latine; et ce n'est que lorsque Malaga est devenue plus parfaitement romaine, que l'assimilation latine a été complétée par l'adoption de la loi civile déjà observée à Salpensa. Cette adoption peut avoir été postérieure à l'an 96. Il y a de fréquents exemples d'adoptions statutaires de ce genre, chez les anciens, comme au moyen âge. J'ai indiqué déjà des exemples anciens dans une autre discussion. Je citerai, au moyen âge, Cologne et Fribourg en Brisgau, Colmar et Dell, Montpellier et Carcassonne; exemples connus de tous ceux qui ont cultivé l'histoire du droit au moyen âge. Cette adoption est indiquée par le soin dont nos bronzes avaient été entourés. Les précautions avec lesquelles on les avait mis en terre annoncent le dessein de soustraire un monument respecté à une dévastation imminente, germanique ou autre. Il est vraisemblable que les habitants de Malaga ont exécuté tout seuls cette œuvre de conservation; y associer les habitants fugitifs de Salpensa me semble une complication de difficultés peu probable et peu admissible. Attendons, du reste, que le temps nous révèle un mystère que nous n'avons pas d'intérêt à pénétrer plus profondément aujourd'hui.





